Auffordern und Erbieten zum Verbrechen nach dem geltenden Recht (§ 49a RStGB.) verglichen mit dem neuen Entwurf

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Otto Schreiner

Referendar aus München

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1930

31:12

Dekan: Univ.-Professor Dr. August Köhler
Referent: Univ.-Professor Dr. August Köhler

Tag der mündlichen Prüfung: 17. März 1930

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gewidmet
meinen lieben Eltern

Inhalt.

Einleitung. Seite

1. Notwendigkeit, Bedeutung und Entwicklung der Strafrechtsreform . . 1
2. Strafrechtliche Würdigung der versuchten Anstiftung 4
   a) Vor dem Jahre 1876 4
   b) Nach Einfügung des § 49 a in das Strafgesetzbuch 4
3. Die Entstehungsgeschichte des § 49 a RStGB. 6

I. Teil.

Systematische Stellung.

a) Im geltenden Recht (§ 49 a RStGB.) 9
b) Im Entwurf (§ 196 Entw.) 9

II. Teil.

§ 49a des geltenden Rechts und § 196 des neuen Entwurfs in dogmatischer Beziehung.

I. Die objektiven Tatbestandsmerkmale der §§ 49 a und 196 19
   1. Begriff und Wesen des Aufforderns, Verleitens sowie des Erbietens zu einem Verbrechen oder zur Teilnahme an einem solchen und deren Annahme 19
   2. Das Erfordernis der Verbrechensqualität 28
   3. Das Erfordernis der Schriftlichkeit und das der Vorteilsgewährung 34
II. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der §§ 49 a und 196 . . . 45
   1. Die Zurechnungsfähigkeit der Beteiligten 45
   2. Der Vorsatz der Beteiligten 49
   3. Die Ernstlichkeit des Willens der Beteiligten 53
III. Die Subsidiaritätsklausel 60
   a) Im geltenden Recht 60
   b) Nach dem Entwurf 60
IV. Vollendung und Versuch der Delikte der §§ 49 a und 196 sowie der Rücktritt vom Versuche 68
V. Teilnahme an den Delikten der §§ 49 a, 196 sowie deren Verjährung 74
VI. Die Strafen der §§ 49 a und 196 75
VII. Kritiken und Wünsche 80

Literatur.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Auf. 1912; 8. Aufl. 1922.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 2. 1907.

Begründung des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. 1925.

Begründung des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. 1927.

Behge, Die Aufforderung und das Erbieten zu einem Verbrechen, nach dem Vorentwurf und Gegenentwurf verglichen mit dem geltenden Recht. Erlanger Diss. 1914.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Binding, Lehrbuch des allgemeinen deutschen Strafrechts. Abt. 2, Bd. 2 des Besonderen Teils. 1905.

Bisoukides, Anstiftung und Aufforderung. In der Festschrift für Fr. v. Liszt, 1911.

Ebermayer, Lobe, Rosenberg, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 3. Aufl. 1925. (Sogen. Leipziger Kommentar [zit.: L.K.].)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (zit.: RG.)

Frank, Das Strafrecht für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.

Gerichtssaal Bd. 42—67.

Haeger, Die Stellung des § 49 a im System des RStGB. Abhandl. des Berliner Kriminalseminars Heft 5, 1903.

Hafner, Die öffentliche Aufforderung, die Tatbestände des § 49 a StGB. In der Jur. Rundschau 3. Jahrg. Nr. 13, 1927.

v. Hoeßle, Zur Auslegung des § 49 a StGB. Würzburger Diss. 1906.

Kadecka, Kritische Besprechung des Amtl. Entwurfs eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuchs. In „Reform des Strafrechts" 1926.

Kiesow-Zweigert, Gesetz zum Schutz der Republik. 1923.

Köhler, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil. 1917.

Kuhlmann, Der § 49 a des RStGB. 1912.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.

v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. 1905.

Oborniker, Ein Beitrag zur Interpretation des § 49 a RStGB. In der Monatsschrift für Kriminalpschologie und Strafrechtsreform Bd. 7 (1907) S. 648.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Bd. 1. 1927.

Ortloff, Aufforderung und Sicherbieten zur Begehung eines Verbrechens und deren Annahme. Im Gerichtssaal Bd. 67, 1906.

Recht, Das, Jahrgang 1906.

Reiffel, Über § 49 a RStGB. und sein Verhältnis zu § 333 ebenda. Im Gerichtssaal Bd. 42.
Schäfer, Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927. 1927.
Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1914.
Stemann, Über das Anerbieten zur Begehung eines Verbrechens und die Annahme dieses Anerbietens. Im Gerichtssaal Bd. 28.
Stienen, Die Strafbarkeit der vorbereitenden Handlung und die Reform des Strafrechts. In der Jurist. Wochenschrift 53. Jahrg. (1924) Heft 21/22.
Witte, Erörterungen über den § 49 a StGB. Breslauer Diss. 1886.

Einleitung.

1. Notwendigkeit, Bedeutung und Entwicklung der Strafrechtsform[1]).

Das geltende Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, geschaffen in den Tagen der Gründung des Reichs, um nach Jahrhunderten der Zersplitterung auf dem Gebiete der Strafgesetze die Einheit des deutschen Rechts wieder herzustellen, trägt das Datum vom 15. 5. 1871. Es stimmt fast wörtlich mit dem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. 5. 1870 überein und dieses hat wieder in vielen wesentlichen Punkten die Vorschriften des in langjähriger Arbeit geschaffenen Preußischen Strafgesetzbuchs von 1851 übernommen. Daß es gelang, alsbald nach der Gründung des Reichs in kürzester Zeit ein einheitliches Deutsches Strafgesetzbuch herzustellen, erklärt sich zu einem wesentlichen Teil daraus, daß die Strafgesetzbücher der deutschen Länder sich unter der Einwirkung der Strafrechtswissenschaft einander bereits mehr und mehr genähert hatten und daß zu der Zeit, als das Deutsche Reich wieder erstand, über die Ziele und Wege der Strafgesetzgebung seit geraumer Zeit im wesentlichen Einverständnis bestand. Die ungefähr dreißig Novellen, die das Strafgesetzbuch von 1871 im Laufe der Jahre abgeändert haben, dann die Revision von 1876 haben seinen Kern nicht berührt, sondern betreffen nur Einzelheiten. Wir haben also ein Strafrecht, das auf fast achtzig Jahre zurückreicht.

Inhaltlich steht das Strafgesetzbuch von 1871 im Banne der Gedanken, die in der Strafrechtswissenschaft durch die Bewegung der Aufklärung zur Macht gelangt waren.

„Es ist ein Kind der Zeit, das stolz darauf war, mit der Willkür und Grausamkeit, die aus dem Mittelalter überkommen war, endgültig aufgeräumt und die Strafrechtspflege in die lichteren Höhen der Gerechtigkeit und Menschlichkeit erhoben zu haben." (Amtl. Entw. von 1925.)

---

[1]) Siehe L. Schäfer, Geschichte zur Strafrechtsreform.

Nachdem durch das Strafgesetzbuch von 1871 die lang ersehnte Grundlage einer einheitlichen deutschen Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung gebildet war, tritt ein Jahrhundert der Ruhe ein. Dann aber beginnen, hervorgerufen durch die Verschiebung aller Lebensverhältnisse durch Deutschlands Entwicklung zum Industrie- und Handelsstaat, die damit zusammenhängende Entstehung neuer politischer und wirtschaftlicher Anschauungen und das Vordringen des sozialen Gedankens, die ersten Bestrebungen zur Reform des Deutschen Strafgesetzbuches von 1871, gefördert durch die neuen Anschauungen über den Sinn und das Ziel der Strafe und die Unzulänglichkeit des reinen Vergeltungsstrafrechts. Während man 1871 von dem Grundsatz ausgegangen war, gerechte Vergeltung sei vor allem der Zweck der Strafe, beschäftigt man sich im Laufe der Jahre, besonders aufmerksam gemacht durch die in stetem Ansteigen begriffene Zahlenreihe der Reichskriminalstatistik und die stets wachsende Zahl der straffälligen Jugendlichen und Rückfallsverbrecher, immer mehr mit dem Gedanken, ob es richtig sei, das Verbrechen als Tatsache hinzunehmen und nur gerechte Vergeltung zu üben, oder ob nicht die Verhütung des Verbrechens erstes und letztes Ziel des Strafrechts bilde.

Auch in anderen europäischen und sogar außereuropäischen Ländern setzten ähnliche Bestrebungen ein mit dem Ziel, das Strafrecht einer neuen modernen Kriminalpolitik anzupassen, wie z. B. in Dänemark, Österreich, Schweden, Italien, in der Schweiz. In Deutschland haben diese neuen Anschauungen über die Aufgaben des Strafrechts bereits Teilerfolge errungen, wie sich das z. B. im neuen Jugendgerichtsgesetz vom 11. 2. 1923 oder in der neuen Fassung der StPO. vom 22. 2. 1924 zeigt. Alle diese Teilerfolge sind indessen nur Bruchstücke, die die Notwendigkeit einer allgemeinen Reform um so dringlicher hervortreten lassen.

Der Verlauf der Strafrechtsreform in Deutschland ist bis jetzt folgender[2]): Nach zwanzigjährigen Arbeiten und Kämpfen innerhalb der Strafrechtswissenschaft befaßte sich auch die Reichsregierung mit dem Reformgedanken und so traten im Jahre 1902 auf Veranlassung des Reichsjustizamtes acht deutsche Rechtslehrer zusammen, die im Verein mit fast allen deutschen Strafrechtlern die im Jahre 1909 abgeschlossene sechszehnbändige „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts" schufen. In der Zwischenzeit stellten Praktiker im Reichsjustizministerium den ersten Entwurf zu einem künftigen Deutschen Strafgesetzbuch fertig, welcher schließlich 1909 als „Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" veröffentlicht

[2]) Vgl. hierzu L. Schäfer, Entw. von 1927.

wurde und einen von den Professoren Goldschmidt, Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt 1911 veröffentlichten Gegenentwurf hervorrief. In der Zeit vom 4. 4. 1911 bis 27. 9. 1913 wurde von der sogenannten Strafrechtskommission auf diesen Grundlagen weiterbauend der „Entwurf von 1913" aufgestellt, der aber erst 1920 veröffentlicht wurde. Im Frühjahr 1918 trat dann nach fast vierjähriger durch den Weltkrieg verursachter Unterbrechung eine aus vier Juristen bestehende Kommission zusammen, welche bei ihren Reformarbeiten die in der Kriegszeit gesammelten Erfahrungen verwerten und den neuen Anschauungen Rechnung tragen sollte. Das Ergebnis dieser durch die inzwischen eingetretene Revolution beeinflußten Kommissionsarbeit war der 1920 veröffentlichte „Entwurf von 1919", der besonders auch bei den österreichischen Juristen größtes Interesse erregte, besteht doch über die großen Ziele der Reform in Deutschland und Österreich seit langem vollstes Einverständnis. Die österreichische Strafrechtswissenschaft prüfte den „Entwurf von 1919", kam zu einem übereinstimmenden Ergebnis und arbeitete unter Heranziehung der früheren österreichischen Entwürfe einen „Österreichischen Gegenentwurf zu dem Deutschen Strafgesetzentwurf von 1919" aus, die erste Grundlage für gemeinsame Strafrechtsreformarbeiten Deutschlands und Österreichs. Die Justizverwaltungen beider Länder stellten nun einen für beide Länder bestimmten Entwurf auf, der 1922 der Reichsregierung vorgelegt, von dieser aber erst am 12. 11. 1924, mit einigen Änderungen versehen, verabschiedet werden konnte, infolge des in diese Zeit fallenden Ruhreinbruches und des damit verbundenen Währungszusammenbruchs Deutschlands. Dieser Entwurf, der auch mit Ausnahme der Vorschriften über die Todesstrafe Österreichs Zustimmung[3]) fand, wurde, nachdem er am 17. 11. 1924 dem Reichsrat zur Beschlußfassung vorgelegt[4]) und von diesem am 13. 4. 1927 verabschiedet worden war, am 14. 5. 1927 dem Reichstag vorgelegt und ist auch diese Reichstagsvorlage auf den Grundlagen der Reform aufgebaut, die endlich zur gesetzgeberischen Tat[5]) heranzureifen scheint. Der dem § 49 StGB. entsprechende § 132 des „VE. von 1909" hatte

---

[3]) Das erste gemeinschaftliche Gesetzgebungswerk seit Abfassung der Deutschen Wechselordnung von 1848 und des alten Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861.

[4]) Dieser sog. „E. 25" erfuhr im Reichsrat wesentliche Änderungen, eine Folge der Kritik aus den Reihen der vorwiegend konservativ gerichteten und die Anhänger der sog. „klassischen Schule" umfassenden deutschen strafrechtlichen Gesellschaft.

[5]) Am 20. 1. 1930 teilte der Vorsitzende des Strafrechts-Ausschusses des Reichstags, Dr. Kahl, mit, daß die erste Lesung des neuen StGB. wohl in sechs Wochen beendet sein werde.

die „Aufforderung zum Verbrechen“ in die Straftaten „gegen die öffentliche Ordnung“ eingereiht.

§ 180 des „GE. von 1911“ bedrohte nur das Sicherbieten, da er nach § 32 II die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen allgemein mit Strafe belegte.

§ 213 des „KE. von 1913“ schloß sich an den VE. an und stellte den Tatbestand zu den „Friedensgefährdungen“.

§ 231 des „E. von 1919“ näherte sich wieder dem geltenden Recht, sah aber von der in § 49a gemachten Einschränkung (Gewährung von Vorteilen) ab.

Ebenso im wesentlichen auch § 182 des „E. von 1925“.

§ 196 des „E. von 1927“ hat folgenden Wortlaut:

Verleiten und Erbieten zum Verbrechen.

„Wer jemand zu einem Verbrechen zu verleiten sucht oder das Erbieten eines anderen zu einem Verbrechen annimmt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer sich zu einem Verbrechen erbietet oder sich auf das Ansinnen eines anderen zu einem Verbrechen bereit erklärt.

Wer jemand zu einem Verbrechen zu verleiten gesucht oder das Erbieten eines anderen zu einem Verbrechen angenommen hat, wird straffrei, wenn er aus freien Stücken das Verbrechen verhindert. § 27 Abs. 3 gilt entsprechend.

Wer sich zu einem Verbrechen erboten oder bereit erklärt hat, wird straffrei, wenn er aus freien Stücken seine Erklärung widerruft.“

2. Strafrechtliche Würdigung der versuchten Anstiftung.

a) Vor dem Jahre 1876.

b) Nach Einfügung des § 49a.

Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. 5. 1870 und das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. 5. 1871 ließ sowohl die mißlungene Anstiftung, eine solche also, welche den Willen des Anzustiftenden nicht bestimmt, indem jener entweder die Begehung des Verbrechens sofort ausdrücklich ablehnt oder sich zwar aus irgendwelchen Gründen passiv verhält, innerlich aber fest entschlossen ist, auf die Anstiftung nicht einzugehen, als auch die erfolglos gebliebene, welche zwar den Willen des zur Begehung der Tat in Aussicht Genommenen bestimmt, aber nicht einen rechtserheblichen Anfang der Ausführung zur Folge hat, straflos, denn die Anstiftung für sich allein

ist — wie Haeger[6]) sagt — ja noch gar kein Verbrechen; sie sei nur die Teilnahme an einem solchen, sei also rechtlich gar nicht vorhanden, wenn sie kein Verbrechen zur Folge gehabt hat.

Diese Straflosigkeit der sogenannten „versuchten Anstiftung" findet sich im römischen und kanonischen Recht, desgleichen auch in der C.C.C., in der Theresiana und schließlich im ALR. v. Bar[7]) weist darauf hin, daß, wenn die ältere — Jahrhunderte hindurch beobachtete Ansicht — allenfalls bei den Crimina atrocissima, bei Assassinum und dem Crimen majestatis Ausnahmen machte, sich dies teils aus vereinzelten Aussprüchen des römischen Rechts, welches in der Lex Cornelia de sicariis auch gewisse Vorbereitungshandlungen als vollendete Verbrechen strafte, teils aus den Zeitumständen (Lohnmord in Italien) erkläre[8]).

Anders wurde es, als Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrh. eine neue rein subjektive Versuchstheorie aufkam und man unter Versuch „jede auf Hervorbringung des Verbrechens absichtlich gerichtete äußere Handlung" verstand, denn nun sah man in der unternommenen Anstiftung einen Versuch der Deliktsverübung selbst und bestrafte die Anstiftung als Versuch.

Einen gewaltigen Umschwung brachte dann der aus dem Gesetz vom 22 Prairial des Jahres 4 herübergenommene, auf die Bestimmungen der österreichischen Gesetzbücher von 1787 und 1803 zurückführende neue Versuchsbegriff des Art. 2 des Code pénal von 1810, der als Versuch nur äußere Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung, das commencement d'execution, des beabsichtigten Verbrechens enthalten, bestrafte, zumal auch Literatur und Gesetzgebung fast ausnahmslos diese neue, die Straflosigkeit der versuchten Anstiftung bejahende Anschauung, aufnahmen. Nur die Ausführungshandlung ist nun strafbarer Versuch, was ihr vorangeht, straflose Vorbereitung[9]).

Auf dem Umweg über das preußische Strafgesetzbuch von 1851 haben diese Anschauungen auch im geltenden Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Eingang gefunden und ist heute wegen Versuchs nur zu bestrafen „wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat". Der Vorsatz, ein Verbrechen oder Vergehen zu begehen, muß also jetzt objektiv in der Außenwelt in Erscheinung getreten sein, wobei noch zu beachten ist, daß nicht jede solche Betätigung zur Strafbarkeit führt, sondern es

[6]) Die Stellung des § 49 a ... S. 9.
[7]) Vgl. Bar, Gesetz u. Schuld im Strafrecht S. 830.
[8]) Vgl. Geyer in H.H. 4 S. 145.
[9]) Vgl. Behge, Erlanger Diss. S. 14.

Handlungen sein müssen, welche als Anfang der Ausführung anzusehen sind, wobei, wie Frank [10]) sagt, ... ein Anfang der Ausführung in allen Tätigkeitsakten zu finden ist, die vermöge ihrer Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen.

Indessen blieb das Strafgesetzbuch nicht in allen Fällen seinem in § 48 festgelegten Prinzip treu und erklärte, wenn sich auch an dem allgemeinen Grundsatz der Straflosigkeit des Anstifungsversuches nichts änderte, doch für einige Spezialparagraphen — enthalten teils im Besonderen Teil des StGB., teils in später erschienenen Strafnebengesetzen — die versuchte Anstiftung für strafbar, wobei es aber nicht an Stimmen fehlte, die wie z. B. Geyer, gegen eine weitere Einführung derartiger Ausnahmebestimmungen schärfstens ankämpften, und es ist fraglich, wer in diesem Widerstreit der Meinungen Sieger geblieben wäre, wenn nicht außer der kriminalpolitischen Erwägung, daß man durch weitgehende Strafbestimmungen am besten für die Verminderung der Verbrechen sorge, besonders der Fall Duchesne jene Ansichten, die vor allem wegen der besonderen Gefährlichkeit der Anstifterhandlung deren Bestrafung forderten, zum Siege geführt hätte.

3. Die Entstehungsgeschichte des § 49a RStGB.

Ein belgischer Kesselschmied namens Duchesne Poncelet aus Lerain bei Lüttich hatte sich 1873 dem Erzbischof Hippolyte von Paris und dem Jesuitenprovinzial von Belgien gegenüber brieflich dazu erboten, für 40000 Fr. Bismarck zu ermorden. Dieses Anerbieten konnte mangels einer entsprechenden Strafbestimmung sowohl im belgischen wie auch im französischen Recht nicht bestraft werden. Diplomatische Vorstellungen der deutschen Regierung veranlaßten nun, daß in Belgien am 7. 7. 1875 ein Gesetz zustande kam, welches unter gewissen besonderen Voraussetzungen das Anerbieten zur Begehung der mit den schwersten Strafen bedrohten Verbrechen sowie die Annahme solchen Erbietens mit Gefängnis bis zu fünf Jahren (in Verbindung mit Geldstrafe) ahndet [11]). Bei der Beratung in der belgischen Kammer wurde namentlich auf den Vorgang von England und Österreich Bezug genommen [12]). In Deutschland glaubte man jetzt dem Beispiel Belgiens

---

[10]) Das Strafrecht für das Deutsche Reich § 43 II 2 b.
[11]) Vgl. Bar, Gesetz u. Schuld im Strafrecht.
[12]) Witte, Diss. S. 10.

folgen zu müssen und benützte daher den Entwurf der Strafgesetznovelle von 1875, um im § 49 a eine dem belgischen Gesetz nachgebildete, aber erheblich weitergehende Strafbestimmung — das belgische Gesetz läßt die Feststellung mildernder Umstände zu und beschränkt die Strafbarkeit des Aufforderns und Erbietens und deren Annahme auf die beabsichtigte Ausführung besonders schwerer Verbrechen, die mit Todesstrafe oder travaux forcés, also mit Freiheitsstrafe von lebenslänglicher Dauer oder in Dauer von mindestens 10 Jahren bedroht sind — zu schaffen. Diese Vorschrift, auf einen einzelnen Vorfall hin und noch dazu in großer Eile geschaffen, wurde denn auch ein „Gelegenheitsgesetz“[13]) mit allen Merkmalen — Vorteilen und Nachteilen eines solchen[14]).

Der Entwurf des Gesetzes wurde zunächst vom Reichstag einer Kommission zur weiteren Vorbereitung überwiesen. Diese ersetzte das Wort „Verleiten“ durch „Anstiften“, stufte die Strafandrohung dem § 44 StGB. entsprechend ab und betonte besonders die Ernstlichkeit als Erfordernis der Strafbarkeit. Diese Fassung war dem Reichstagsplenum aber nicht scharf genug und so ersetzte dieses den Ausdruck „wer es unternimmt anzustiften“ durch das Wort „auffordern“. An die Stelle der die Absicht zum Ausdruck bringenden Worte setzte der Reichstag zwei positive Handlungen, aus deren Vornahme auf die Ernstlichkeit des verbrecherischen Willens zu schließen sei, die also eine Präsumption für ihn bieten sollen. In der dritten Lesung nahm das Plenum — nach einigen redaktionellen Änderungen den Paragraphen in der vom Abgeordneten Marquadsen beantragten Form als § 49 a StGB. an[15]).

Der § 49 a, der nunmehr gesetzlich die Frage nach der Strafbarkeit der erfolglosen Anstiftung entschieden hatte und diese auf alle Verbrechen ausdehnte, lautet:

„Wer einen anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen auffordert oder wer eine solche Aufforderung annimmt, wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, wenn das Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht ist, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten, wenn das Verbrechen mit einer geringeren Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

---

[13]) Der Ausdruck stammt von Binding 2 S. 861.
[14]) Lobe in L.K. S. 250.
[15]) Vgl. Behge, Diss. S. 19.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher sich zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen erbietet, sowie denjenigen, welcher ein solches Erbieten annimmt.

Es wird jedoch das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, sowie die Annahme eines solchen nur dann bestraft, wenn die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft worden ist.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden."

I. Teil.

Systematische Stellung.

a) Im geltenden Recht.

b) Nach dem Entwurf.

Obgleich der konkrete Anlaß zu dem gesetzgeberischen Vorgehen kein Anstiftungsversuch war, ist doch die ganze Entstehungsgeschichte des § 49a StGB. von dem Gedanken getragen, daß die versuchte Anstiftung bestraft werden müsse, und so hat denn auch in Befolgung dieses Gedankens § 49a seine Stelle in dem Abschnitt über die Teilnahme gefunden. Die Motive zu § 49a wollten nicht eine Norm schaffen, die in selbständiger Weise ein Rechtsgut schützen sollte, sondern sie gingen von dem Gesichtspunkt aus, den Kreis der schon bisher mit Strafe bedrohten Handlungen durch Einbeziehung einer besonderen Wirkungsweise zu erweitern durch Aufstellen eines eigenartigen Vergehens in § 49a, das dann wegen der Ähnlichkeit mit dem von der Reichstagskommission als § 48a beabsichtigten „Unternehmen der Anstiftung" seine Stelle nach den von der Teilnahme handelnden Bestimmungen erhalten hat und wird, wie Behge[1]) richtig bemerkt, die nahe Beziehung, in welcher die §§ 49a und 48 stehen, dadurch hervorgerufen, daß die Aufforderung ein Mittel der Anstiftung ist, so daß in den meisten Fällen die regelmäßigen Bestimmungen über die Teilnahme ausschließlich Anwendung finden, falls das beabsichtigte Verbrechen wirklich zur Ausführung, wenn auch nur in das Stadium eines strafbaren Versuchs gelangt.

Der zu schaffende Schutzwall sollte gerade den Rechtsgütern zugute kommen, deren Beeinträchtigung im einzelnen Fall Tatbestandsmerkmal desjenigen Verbrechens ist, welches jeweils nach dem Inhalt der Aufforderung oder des Erbietens in Frage steht, und zwar war es der Wunsch des Gesetzgebers schon, eine solche Art von Handlungen zu treffen, die zu der als endgültig in Betracht kommenden

[1]) Erl. Diss. S. 35.

unerwünschten Einwirkung auf das betreffende Rechtsgut nur in einer vorsätzlich gesetzten Beziehung präparatorischen Charakters steht[2]).

So zieht denn auch durch die ganzen Verhandlungen der Gedanke, eine Schutzbestimmung zu schaffen, nicht zugunsten eines besonderen Rechtsgutes, sondern gerade zugunsten aller Rechtsgüter unter besonderen Situationen. Spricht so auch die Entstehungsgeschichte des § 49a für einen unselbständigen Charakter, so entspinnt sich doch im Laufe der Jahre ein heftiger Kampf unter den einzelnen Schriftstellern und Theoretikern, welch eine den unselbständigen Charakter des § 49a gewahrt wissen wollen, während die anderen — heute die herrschende Meinung — den § 49a aus der Verbindung mit der Teilnahme lösen und in ihm den Tatbestand eines völlig unselbständigen Delikts finden.

Behge[3]), der zustimmend auf Ortloff, Berolzheimer, welch letzterer auch in der Anstiftung eine qualifizierte Vorbereitungshandlung zu fremder Straftat sieht und besonders auf Bisoukides[4]) verweist, welcher die strafbare Aufforderung, das Erbieten und deren Annahme ebenfalls im allgemeinen Teil behandelt wissen will, und zwar unmittelbar hinter den Versuchsbestimmungen in einem gemeinsamen Abschnitt, betitelt „Versuch und Vorbereitung", wenngleich er anerkennt, daß, solange das Gesetz von der Theorie der Akzessorietät der Teilnahme beherrscht sei, ihre Stellung im Besonderen Teil als delicta sui generis geboten sei, sagt beispielsweise: Die Einstellung des Duchesne-Paragraphen in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, und zwar die Aufforderung und die Annahme des Erbietens in Anlehnung an die Bestimmungen über die Teilnahme, insbesondere derjenigen der Anstiftung, das Erbieten und die Annahme des Aufforderns im Anschluß an die Bestimmungen über den Versuch sei deshalb auch berechtigt, weil sämtliche in § 49a aufgeführten Handlungen in Wahrheit nur Vorbereitungshandlungen zur Teilnahme am Verbrechen oder Versuche eine Teilnahme am Verbrechen herbeizuführen, sind. Es widerspreche aller Logik, solche Handlungen als eigene Verbrechenstypen zu behandeln und auf sie allgemeine Strafrechtsprinzipien anzuwenden und müsse die Verselbständigung der einzelnen Deliktshandlungen des § 49a zu unhaltbaren Resultaten führen. Sie seien doch begrifflich zu allen strafbaren Handlungen denkbar, also allgemein, d. h. sie seien ihrem innersten Wesen nach keine Verbrechenstypen, sondern nur Erscheinungsformen, die zu allen Verbrechen im weiteren Sinne passen. Selbst die Strafdrohung des § 49a sei nicht

---

[2]) Kuhlmann, Der § 49a RStGB. S. 15/16.
[3]) Erl. Diss. S. 35 f.
[4]) Anst. u. Auff. S. 25 f.

als eine selbständige zu bezeichnen, denn § 49a bestimme die Strafen gerade nur in Anlehnung an andere Strafbestimmungen, indem er die Strafmaße nach der Schwere des in Frage stehenden Verbrechens sich abstufen lasse, zeige sich demnach auch hier wieder eine Abhängigkeit für die Verwirklichung der in § 49a enthaltenen Tatbestände von dem in Aussicht genommenen Verbrechen[5]).

Kadecka[6]) führt folgendes aus:

Von den im Abschn. 13 des Entwurfs behandelten Strafhandlungen habe keine ein eigenes Gesicht, jede entlehne ihr Gepräge erst von der Tat, auf die sie sich beziehe. Solange man von einem Menschen nichts anderes wisse, als daß er sich zu einem Verbrechen bereit erklärt, könne man den Grad seiner Gefährlichkeit und die Art der anzuwendenden Mittel auch nicht annähernd bestimmen, denn dazu müsse man vor allem wissen, um was für ein Verbrechen es sich gehandelt hat. Vor allem die Art des angegriffenen Rechtsgutes müsse den Strafrahmen bestimmen und hätten daher für alle „Vorhandlungen" aus dem Strafrahmen der Haupttat abgeleitete Strafrahmen zu gelten. Mit dem Wegfall einer selbständigen Strafdrohung würden diese Handlungen dann auch aufhören besondere Deliktsarten zu sein, sie würden auch äußerlich zu dem, was sie ihrem Wesen nach sind: zu bloßen der Teilnahme verwandten Erscheinungsformen, die in einem besonderen Abschnitt des allgemeinen Teils begrifflich zu bestimmen wären.

So auch Hafner[7]), wenngleich er anerkennt, daß über die Stelle des Allgemeinen Teiles, an der die Einreihung stattfinden solle, Zweifel bestehen können.

Auch Hälschner, Berner, Allfeld — wenngleich letzterer zugibt, daß formell die Delikte des § 49a in den Besonderen Teil des Strafrechts gehören —, Frank, Meves wollen den § 49a im Allgemeinen Teil behandelt wissen, denn die in § 49a mit Strafe bedrohten Handlungen seien mit der Teilnahme, insbesondere mit der Anstiftung engstens verbunden und sollen diese, wie die Entstehungsgeschichte zeigt, nur ergänzen.

Den § 49a selbst bezeichnet Hälschner[8]), der gleich Reiffel[9]) das Charakteristische in diesen Sonderdelikten lediglich in der äußeren Kundgebung eines verbrecherischen Willens sieht, als „ein aus jedem Zusammenhang mit dem System des Strafgesetzbuchs sich loslösendes

---

[5]) And. M. Olshausen S. 236, Oppenhoff-Delius und Rüdorff-Stenglein.
[6]) Reform des Strafrechts S. 286.
[7]) Jur. Rundschau 1927 Nr. 13; vgl. Kern in GS. 92 S. 149, 157, 164.
[8]) I S. 409 ff.
[9]) GS. 42 S. 177.

Ausnahmegesetz, insofern als es die versuchte Anstiftung zum Verbrechen zwar in der Form der Aufforderung, nicht aber in anderer möglicherweise viel wirksamerer Form für strafbar erklärt."

Ähnlich auch schon Merkel[10]), der darauf hinweist, daß die Handlungen des § 49a sachlich den Charakter erfolgloser Anstiftungsversuche hätten und dem Versuche des Täters verwandt wären, da sie gleich diesem ein selbständiges Hinwirken auf den Erfolg enthielten. Die Strafbarkeit der Aufforderung sei eine neue Ausnahme von der Straflosigkeit der versuchten Anstiftung, im übrigen aber den gesetzlichen Bestimmungen über die Anstiftung unterworfen; die drei anderen Delikte des § 49a erklärt Merkel ebenfalls in Übereinstimmung mit Stienen[11]) und v. Wächter[12]) für „gewisse Vorbereitungshandlungen" und „der Aufforderung verwandte Deliktsformen".

Auf Merkel beruft sich auch Bisoukides[13]), wenn er die Aufforderung usw. zur Begehung einer strafbaren Handlung als eine Tat darstellt, die zwar dicht an das Versuchsgebiet angrenzt, die aber noch nicht in den Bereich des Versuches gehört und somit nur als eine Vorbereitungshandlung aufgefaßt werden kann.

Frank[14]) bezeichnet übereinstimmend die in § 49a unter Strafe gestellten Handlungen in erster Linie als versuchte Anstiftung, in zweiter Linie als gewisse (andere) Vorbereitungshandlungen.

Beling[15]), der die erfolglosen Aufforderungen ihrem Wesen nach für einen Anfang der Anstiftung, also für ein Fragment der Erscheinungsform der Teilnahme hält, sieht die Einstellung des § 49a in den Allgemeinen Teil unter der Teilnahmelehre ebenfalls für gegeben an, und zwar will er die Aufforderung und die Annahme des Erbietens als Fälle eines „Anfanges der Vortäterschaft" dem Abschnitt über den „Versuch" und das Erbieten und die Annahme der Aufforderung einem Abschnitt über die „Vorbereitung" unterstellt wissen, welch letzterer seine Stelle hinter dem Abschnitt über den „Versuch" zu erhalten habe. Wenn die erfolglosen Aufforderungen nicht als Teilnahmeversuch bestraft würden, so hätte dies positivrechtlich zwei Gründe:

Einmal den Grund, daß § 43 nur den Anfang der Ausführung als Versuch gelten lasse, nicht den Anfang von Handlungen der Vor- und Seitenzone, wohinein die Teilnahmehandlungen fallen, sodann auch

---

[10]) Lehrb. d. dtsch. Strafrechts S. 151.
[11]) JW. 1924/1708.
[12]) S. 256 Nr. 6.
[13]) Anst. u. Auff. S. 25.
[14]) a. a. O. Anm. zu § 49a I Abs. II.
[15]) Die Lehre vom Verbrechen S. 466 f.

den Grund, daß die Teilnahme in dem Sinne akzessorisch sei, daß die Haupthandlung wirklich begangen werden müßte. Aus diesem Grunde habe das geltende Recht zur selbständigen Vertypung der erfolglosen Aufforderung seine Zuflucht genommen.

Damit in Übereinstimmung Schütze[16]), der den inneren Zusammenhang mit den §§ 47—49 in dem Dolus findet, welcher allemal darauf gerichtet sei, mit einem anderen an einem Delikt mitzuwirken, wonach sich dann in § 49a „eine neue allgemeine Form der Teilnahme" darstelle.

Auch Bar[17]), wenngleich er Binding[18]) darin Recht gibt, daß es sich in § 49a nicht um eine allgemeine Form der Teilnahme handle, bezeichnet die sämtlichen in § 49a enthaltenen Handlungen im wesentlichen nur als Vorbereitungshandlungen zur Teilnahme am Verbrechen oder Versuche, eine Teilnahme am Verbrechen herbeizuführen, oder an eine Bedingung geknüpfte Manifestationen des Willens, ein Verbrechen zu begehen, und hält daher die Stelle, welche § 49a im RStGB. anschließend an die von der Teilnahme handelnden Bestimmungen bekommen hat, für richtig, selbst wenn zuzugeben sei, daß formell die einzelnen hier mit Strafe bedrohten Handlungen als besondere Delikte erscheinen. Freilich stehe eine solche Behandlung der Aufforderung, wie Bisoukides[19]) sagt, in krassem Widerspruch mit dem von ihm an sich anerkannten strafrechtlichen Grundsatz der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung, aber dieser Grundsatz gelte ohnehin heute nicht mehr unbedingt. Die Einschränkungen sind die als Sonderdelikte unter Strafe gestellten Vorbereitungshandlungen. Wenn das Prinzip der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung aber einmal unterbrochen ist, so sei es ziemlich gleichgültig, ob diese Handlungen — die doch begrifflich nur vorbereitende sind — als solche oder als Sonderdelikte bestraft werden, und sei die Tendenz, den Schein dadurch zu retten, daß man diese Straftaten nicht als vorbereitende Handlungen, sondern als Sonderdelikte unter Strafe stellt, weiter nichts als eine wissenschaftliche Heuchelei.

Kuhlmann[20]) schließlich, der sich u. a. besonders gegen Binding, Liszt und das Reichsgericht wendet, spricht ebenfalls von einer Unselbständigkeit der Delikte des § 49a, für welche Ansicht er ebenso wie beispielsweise auch Frank, Behge[21]) besonders die Ent-

---

[16]) Anh. 7.
[17]) a. a. O. 2 S. 842.
[18]) Lehrb. 2 S. 802.
[19]) Anst. u. Auff. S. 26.
[20]) a. a. O. S. 20.
[21]) Erl. Diss. S. 36.

stehungsgeschichte des Duchesneparagraphen und seine Stellung im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches anführt. Die Entstehungsgeschichte des § 49 a zeige deutlich die Absicht des Gesetzgebers, nicht ein neues Rechsgut aufzustellen, sondern die neue Bestimmung sollte nur den bereits im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs enthaltenen Bestimmungen als Variante an die Seite treten, ebenso wie der Gesetzgeber seine Absicht, eine Bestimmung allgemeinen Charakters zu schaffen, nicht hätte besser ausdrücken können als dadurch, daß er die Bestimmung in den Allgemeinen Teil einreihte. Allerdings will Kuhlmann sie nicht in dem Abschnitt über die Teilnahme, sondern unmittelbar hinter den jetzigen Bestimmungen über den „Versuch" — § 43 ff. — eingereiht wissen. Seiner Ansicht nach — welche er eingehend begründet — handelt es sich bei den Delikten des § 49 a um solche präparatorischen Charakters, und zwar um Gefährdungsdelikte mit präsumiert konkreter Gefährdung. § 49 a enthalte Mischtatbestände und seien die Annahme der Aufforderung und das Erbieten als Vorbereitungshandlungen, Aufforderung und Annahme des Erbietens als Fälle des Anstiftungsversuches anzusehen, nicht dagegen stellen die in § 49 a vertretenen Delikte einen Versuch oder eine Vorbereitung eines Verbrechens dar, ebensowenig wie sie sich als Anstiftung oder Beihilfe ergeben. Wenn auch viele behaupten, die Delikte des § 49 a könnten keine Teilnahmeformen sein, weil sie den Erfolg nicht voraussetzen, so folge hieraus noch keineswegs, daß die Delikte des § 49 a unselbständigen Charakters sein müssen, denn die Teilnahme ist nicht die einzige Erscheinungsform des Deliktstypus, welcher die Kategorie des unselbständigen Delikts darstellt; sie ist nicht — mit Belingschen Worten — die einzige „abgeleitete" Erscheinungsform des Deliktstypus. Aber selbst zugegeben, daß überhaupt keine der bisher im Strafgesetzbuch vertretenen abgeleiteten Erscheinungsformen auf unsere Art von Delikten paßt, so wird auch hier ein Bedenken sich nicht herleiten lassen, denn es steht dem Gesetzgeber jederzeit frei, „abgeleitete" Erscheinungsformen zu schaffen[22]).

Wohl werde verschiedentlich zugunsten der Selbständigkeit der Delikte des § 49 a die Selbständigkeit der von § 49 a aufgestellten Strafdrohung angeführt — einer Strafdrohung, die eintreten solle beim Erfülltsein genau formulierter Tatbestandsmerkmale, die ihrerseits eine Tätigkeit dritter Personen oder eine Vervollständigung durch den Eintritt von weiteren Deliktserfolgen nicht voraussetzen[23]). Doch sei es

---

[22]) So auch Schütze, Anh. 7, der auch auf diese Möglichkeit hinweist.

[23]) Olshausen, Komm. § 49 a Nr. 2 S. 235.

zunächst überhaupt nicht sicher begründet, die Strafdrohung als selbständige anzusehen[24]), aber selbst, wenn man auch der Anordnung der Strafen eine gewisse Selbständigkeit zuerkennen wolle, so bleibt es doch ohne besondere Bedeutung, ob nun der Gesetzgeber bei Festsetzung der Strafen für die Verwirklichung eines oder mehrerer in einem Paragraphen normierten Tatbestände eine selbständige Anordnung trifft oder aber die Strafbestimmung sich an andere Bestimmungen anlehnen läßt.

Im Gegensatz zu diesen den unselbständigen Charakter der in § 49a enthaltenen Tatbestände betonenden Schriftstellern nimmt die herrschende Meinung, der ich mich diesbezüglich anschließe, vier selbständige Delikte, vier delicta sui generis an, deren strafrechtliche Würdigung systematisch im Besonderen Teil zu erfolgen hätte.

So sagt Schwartz[25]), der sie etwa hinter § 112 einfügen will und aus der Selbständigkeit der Delikte des § 49a verschiedene spezielle Folgerungen zieht, wie z. B., daß § 50 wohl auf Mittäter, Anstifter und Gehilfen, nicht aber auf Delinquenten des § 49a Anwendung finde, die Annahme der Aufforderung und des Erbietens sei weder Mittäterschaft noch Anstiftung, noch Beihilfe (§ 50) zu dem Verbrechen, zu welchem aufgefordert und erboten wird, und das Erbieten sei die Erklärung des Erbietenden im Falle der Annahme des Erbietens, also beim Eintritt einer Bedingung, das Delikt selbst begehen zu wollen.

Berners Konstruktion — Beihilfe zur Anstiftung — bezeichnet Schwartz mit vollem Recht als töricht. Nur bei der Aufforderung könne der Begriff der Anstiftung herangezogen werden, aber um sich sofort als unbrauchbar zu erweisen, denn die Anstiftung setzt zu ihrer Strafbarkeit voraus, daß das Delikt, zu welchem angestiftet wurde, überhaupt, sei es auch nur als Versuch, begangen werde, und die erfolglose Anstiftung sei gerade deshalb straflos, weil das Delikt, zu welchem angestiftet wurde, nicht mindestens versucht ist. Dagegen setzen die Aufforderung und das Erbieten gerade voraus, daß das Verbrechen, zu welchem aufgefordert und erboten wird, nicht begangen werde, und wenn es begangen, so liege nicht mehr eines der vier Delikte des § 49a vor, sondern das aufgeforderte, das erbotene Delikt, wobei der Auffordernde und der Annehmende des Erbietens je nach Lage des Falles als Mittäter oder Anstifter oder Gehilfen strafbar seien.

Auch nach Köhler[26]) bildet die erfolglose Aufforderung in einzelnen Fällen — so nach § 49a StGB. — ein delictum sui generis, dessen Selbständigkeit in der Möglichkeit selbständiger Beurteilung der

---

[24]) Vgl. Merkel a. a. O. § 56 S. 152; Behge, Diss. S. 38.
[25]) Anm. 3 S. 147.
[26]) Dtsch. Strafrecht S. 527.

zu ihr geleisteten Teilnahme und in der Möglichkeit eines strafbaren Versuchs — wenn dessen besondere Voraussetzungen gegeben sind — zutage trete.

M. E. hat ebenfalls § 49a zu Unrecht seine Stellung im Abschnitt von der Teilnahme gefunden, denn er fällt unter diese weder nach der in Geltung verbliebenen Begriffsbestimmung des „Teilnehmers" in § 50, noch seiner Natur nach, da die Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ist, daß das Verbrechen selbst, zu dem aufgefordert wurde, nicht begangen wird, sonach ein Verbrechen, an dem eine Teilnahme stattfinden könnte, nicht vorliegt[27]). Olshausen sieht die Delikte des § 49a, worauf auch die selbständige Strafdrohung hindeute und wie seiner Ansicht nach auch die Motive, dem belgischen Gesetz folgend, anerkennen, als eigenartige Vergehen an, die ihre systematische Stellung richtiger im Besonderen Teil des Reichsstrafgesetzbuchs, und zwar, da sie Angriffe gegen die staatliche Rechtsordnung enthalten, im Anschluß an die §§ 110—112 gefunden haben würden[28]).

Abweichend von dieser letzten Anschauung Olshausens ist die Bindings[29]), der einen Angriff gegen ein Objekt innerhalb der Volksgemeinschaft, nämlich gerade gegen die gesetzestreue Gesinnung des Einzelnen für vorliegend erachtet und es ablehnt, das Angriffsobjekt zu sehen in der Autorität des Gesetzes und des obrigkeitlichen Befehls, in dem Ansehen der Staatseinrichtung. Mit Verkennung ihres Wesens — sagt Binding[30]) weiter — werden diese Tatbestände aus Delikten wider das Volk in Staatsverbrechen umgestempelt, obwohl doch ihr Kern gerade in der Gesinnungsverderbnis liegt. Damit steht allerdings seine Auffassung in Widerspruch[31]), daß auch ein Unzurechnungsfähiger im Sinne von § 49a aufgefordert werden könne, ein Verbrechen zu begehen, und daß die Aufforderung nicht einmal geeignet zu sein brauche, einen verbrecherischen Entschluß hervorzurufen. Einem Unzurechnungsfähigen kann doch eine „gesetzestreue Gesinnung" nicht verdorben werden. Mit Bindings Ansicht berührt sich die, welche den Zweck der Vorschrift allein darin erblickt, daß allgemein einer Störung der Rechtsordnung und der Entwicklung von Angriffen gegen

---

[27]) So auch Haeger a. a. O. S. 48; Wachenfeld S. 552; Liszt S. 596; Beling S. 79; Schmidt S. 266; Witte S. 20/21; L.K. S. 249; Binding 2 S. 838 ff.; Olshausen a. a. O. S. 235.

[28]) Übereinstimmend: Merkel S. 151; Liszt S. 596; Oppenhoff-Delius Nr. 2; Rüdorff-Stenglein N. 2; Schmidt S. 266; Ortloff in GS. 67 S. 225.

[29]) Lehrb. 2 S. 839.

[30]) Lehrb. 2 S. 839.

[31]) Lobe, Der Anspruch, in L.K. S. 250.

die Rechtsgüter einzelner vorgebeugt werde und es der Gesichtspunkt der Generalprävention sei, der zum Verbot dieser Handlungen führe[32]).

Gegen Binding u. a. besonders Kuhlmann[33]), der einen Angriff in dessen Sinne weder als Tatbestandsmerkmal noch als stetiges oder auch nur regelmäßiges und deshalb zu unterstellendes Begleitmoment der in § 49a aufgeführten Delikte gelten lassen will. Der Gesetzestext sage nicht das geringste von einer konkreten Einwirkung auf das etwaige Rechtsgut der gesetzestreuen Gesinnung. Auch der Gesichtspunkt der präsumiert konkreten Gefährdung komme nicht in Betracht, im Gegenteil, wolle man jemand für einen verbrecherischen Plan gewinnen, so liege es wohl nahe, sich eher an eine möglichst nicht gesetzestreue Person zu wenden, als an eine solche, bei welcher insbesondere außer der Überredung zur Entfaltung einer gewissen Arbeitskraft auch noch die Überwindung ihrer Scheu vor dem Willen des Staates, welcher in dem Gesetz zum Ausdruck komme, Schwierigkeiten bereite. Es gehe daher nicht an, die gesetzestreue Gesinnung der jeweils in Frage stehenden Personen als das in § 49a zu schützende Rechtsgut zu bezeichnen.

Auch nach Haeger[34]) schließlich, der sich besonders eingehend und sehr treffend mit dem Problem der Stellung des § 49a im StGB. bezeichnet, gehört § 49a nach seiner systematischen Stellung nicht in den Allgemeinen Teil, denn

1. stellt er keine Unterart der Anstiftung dar, darf sich also im System auch nicht an diese anschließen;
2. die Aufforderung des § 49a wie auch § 49a selbst, bildet keine Teilnahmehandlung — unter den Begriff der „Teilnahme" des § 49a muß vielmehr Anstiftung, Beihilfe und Mittäterschaft verstanden werden —, rechtfertigt daher nicht die Aufnahme dieses Paragraphen in den Abschnitt „Teilnahme". Und endlich hat er
3. überhaupt keinen allgemeinen Charakter, da er tatsächlich nur für einzelne besondere Fälle Spezialbestimmungen trifft. § 49a trägt seine Bedeutung in sich selbst, ist völlig selbständig und braucht daher auch keine Paragraphen des Besonderen Teils, um in Geltung zu treten, denn er stellt eben selbst ein besonderes Delikt dar. Damit hört er jedoch auf, einer der praktisch völlig bedeutungslosen Paragraphen des Allgemeinen Teils zu sein,

---

[32]) Lobe in L.K. S. 250; Endemann, Hetze als Gefährdungsproblem S. 56. And. M. Klee in DJZ. 29 S. 495; RG. in SächsArch. 1910 S. 134.
[33]) a. a. O. S. 22.
[34]) Die Stellung des § 49a ... S. 48.

denn allgemeine Geltung, die für alle Paragraphen des Besonderen Teils in Betracht kommen könnte, hat er ja nicht, sondern bedroht vier delicta propria mit Strafe und muß daher folglich in den Besonderen Teil verwiesen werden.

Der neue Entwurf gibt bei Behandlung der Hauptstreitfrage über den § 49a des Strafgesetzbuchs die streng akzessorische Gestaltung der Teilnahme auf. Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen soll nicht mehr von der Strafbarkeit des Täters abhängig sein, sondern unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt. Gleichwohl bleiben Anstiftung und Beihilfe unselbständige Formen verbrecherischer Betätigung insofern, als sie erst strafbar werden, wenn ein anderer die strafbare Handlung tatsächlich ausführt oder zum mindesten auszuführen versucht. Wer seine Absicht jemand zur Ausführung einer strafbaren Handlung zu veranlassen oder ihm die Ausführung einer strafbaren Handlung zu erleichtern nicht erreicht, kann nicht wegen versuchter Anstiftung oder Beihilfe bestraft werden. Er bleibt in der Regel straflos. Auch der Entwurf bedarf daher, soweit Ausnahmen von dieser Regel gemacht werden sollen, besonderer Strafdrohungen. Eine solche Ausnahme enthält eben § 196 des Entwurfs und hat damit der Entwurf, als er den § 196 in den Besonderen Teil unter den Abschn. 13 „Vorbereitung strafbarer Handlungen, Begünstigung, Strafvereitelung" aufnahm, die Kennzeichnung des Duchesne-Paragraphen als delictum sui generis anerkannt.

II. Teil.

§ 49a des geltenden Rechts und § 196 des neuen Entwurfs in dogmatischer Beziehung.

I. Die objektiven Tatbestandsmerkmale der §§ 49a und 196.

1. Begriff und Wesen des Aufforderns, Verleitens sowie des Erbietens zu einem Verbrechen oder zur Teilnahme an einem solchen und deren Annahme.

Von den in § 49a zusammengefaßten vier verschiedenen Tatbeständen — alles in sich vollendete Delikte, bei denen die größte Reue nicht mehr hilft, sondern automatisch Strafe eintreten muß — betrifft das erste Delikt die vorsätzliche rechtswidrige Aufforderung eines anderen zum Verbrechen oder zur Teilnahme an einem solchen.

Eine Definition des Wortes Aufforderung, wie sie z. B. § 48 für die Anstiftung gibt, findet sich im Gesetz nicht. Dieses gibt keinen Anhaltspunkt zur Beurteilung des Wesens der Aufforderung, und dies ist auch die Ursache, daß es z. B. an einer gesetzlichen Stütze fehlt, mit deren Hilfe man die Grenze zwischen den beiden Begriffen der Aufforderung und der Anstiftung, die sich doch trotz manch gemeinsamer Merkmale[1]) nicht decken, ziehen könnte. Aufgabe der Strafrechtswissenschaft ist es so, Sinn und Wesen der strafbaren Aufforderung in einer Definition kennzuzeichnen, ein Unternehmen, das, wie Geyer[2]) glaubt, wegen der Unbestimmtheit des Begriffes nie ganz gelingen werde.

Olshausen definiert den Begriff „Aufforderung" sehr gut als die an einen anderen gerichtete Erklärung, wodurch dieser zur Begehung des betreffenden Verbrechens bestimmt oder in einem bereits gefaßten Entschluß bestärkt werden soll[3]). Ob einer Erklärung die Bedeutung

[1]) Vgl. Biroukides in Festschr. für Fr. v. Liszt 1911 S. 19/20.
[2]) H.H. Bd. 4 S. 150 f.
[3]) Ähnliche Definitionen: Oppenhoff-Delius; Hälschner; Frank § 110 Nr. II; Behge S. 44; Kuhlmann S. 37; Binding 2 S. 838.

einer solchen Aufforderung beizulegen ist, ist Sache tatsächlicher Auslegung [4]).

Schwartz [5]) kennzeichnet gleicherweise „Aufforderung" als die an einen andern gerichtete Willenserklärung — jede der in § 49 a aufgeführten Erscheinungen menschlichen Verhaltens muß vor allem eine Handlung und diese Handlung muß wieder eine Willenserklärung sein — durch welche der Aufforderer in dem anderen den Entschluß zur Begehung eines Verbrechens hervorrufen will. Auch nach Lobe im L.K.[6]) schließlich ist Aufforderung die an einen anderen gerichtete Erklärung, die zum Inhalt hat ein Verlangen nach einem von dem anderen zu bewirkenden Tun, hier der Verbrechensverübung oder der Teilnahme daran.

Wie jede Willenserklärung, so kann auch die Aufforderung des § 49 a ausdrücklich, also schriftlich oder mündlich und durch konkludente Handlungen erfolgen [7]).

Allfeld z. B. sagt: Die Aufforderung besteht in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung an den Aufzufordernden selbst. And. M. dagegen sind beispielsweise Hälschner [8]). E. Witte [9]), W. Behge [10]), die eine ausdrückliche Willenserklärung für nötig erachten.

Lobe [11]) fordert von einer Willenserklärung notwendig einen Inhalt, denn man könne nur „etwas" erklären, ohne allerdings aber die Frage, wie dieser Inhalt ausgedrückt werden soll, näher zu beantworten.

Dagegen scheidet eine Tätigkeit aus, durch die der Erklärende dem anderen seine verbrecherische Absicht zu verbergen und ihn dennoch zum Verbrechen zu bestimmen sucht [12]). Die Aufforderung muß vielmehr eine erkennbare Erklärung des eigenen Wunsches sein, fremde Handlungen auszulösen. Es muß der auf die Begehung oder Unterlasusng einer Tat gerichtete Wille des Erklärenden unverschleiert

---

[4]) RG. IV v. 20. 12. 87, RG. 743; RG. III v. 19. 11. 03, I v. 26. 6. 05, IV v. 1. 11. 13, IV v. 7. 10. 19, I v. 22. 12. 22: JW. 33/13, E. 38/133, 47/413, 57/172, 53/351.

[5]) Das StGB. f. d. Dtsch. Reich S. 147.

[6]) S. 251.

[7]) Übereinstimmend Binding II, 2 § 287 S. 838; Meves, Nov. § 49 a III S. 338 ff.; Olshausen § 49 a Nr. 5 a S. 235; Merkel S. 151; Kuhlmann S. 40; Frank S. 103.

[8]) Lehrb. I S. 407.

[9]) Diss. S. 23.

[10]) Diss. S. 43.

[11]) L.K. S. 251.

[12]) Olshausen S. 235; RGE. 47, 43; Geyer in H.H. Bd. 4 S. 130; Binding 2 S. 843; Behge S. 43; Heimberger, Hwb. d. Strafrechtsw. 1 S. 212; Merkel S. 151; Hälschner.

zum Ausdruck kommen und muß die Erklärung in einer bestimmt gehaltenen Weise abgegeben werden, so daß zum Ausdruck kommt, daß der Erklärende gerade auch den Willen habe, daß die Tat begangen bzw. unterlassen werde, was z. B. viel mehr bedeutet als das bloße Äußern eines Wunsches oder eines Angenehmseins. Es entspricht also eine Erklärung, welche nicht den Schein einer ernstgemeinten Äußerung an sich trägt, wie insbesondere eine scherzhafte Aufforderung, nicht dem § 49 a. Der geistige Konnex, auf welchem gerade die den Tatbeständen des § 49 a innewohnende erhöhte Möglichkeit der Gefährdung beruht, kann eben nur entstehen, wenn die Erklärung gerade nur als eine ernstlich gemeinte verstanden werden kann.

Insoweit spielt der Aufforderer mit offenen Karten, was der Hetzer nicht nötig hat und der Anstifter durch scheinbares Abraten, welches auf die naheliegende Möglichkeit der Begehung des Verbrechens aufmerksam macht und somit in besonderer Weise anstiften kann, nicht tut[13]). Auch das Aussprechen einer Bitte, eines Wunsches, eines Rates, die bloße Beförderung oder Erregung eines Irrtums — alles geeignete Mittel der Anstiftung — sind nicht als „Aufforderung" anzusehen; es ist also die Aufforderung im Gegensatz zur Anstiftung, der alle möglichen Mittel fast ausnahmslos zur Verfügung stehen, auf ganz bestimmte Äußerungen des Gedankens beschränkt[14]). In der Erteilung eines Befehls oder Auftrages, ferner in der Androhung eines Übels für den Fall, daß das gewünschte Verhalten nicht eingeschlagen werde, dagegen ist wohl eine Aufforderung zu sehen. Wenn nun auch die Aufforderung für den anderen erkennbar sein muß, d. h. die als Aufforderung in Frage kommende Erklärung für den andern erkennbar den Willen der Aufforderung zum Ausdruck bringen muß — keine Aufforderung, z. B. wenn der Aufgeforderte die Sprache, in der sie geschieht, gar nicht versteht —, so ist doch nicht nötig, daß der Aufgeforderte die Aufforderung als solche erkannt und aufgefaßt habe[15]). Ebensowenig wie es erforderlich ist, daß der Auffordernde seine Persönlichkeit erkennbar macht — es genügen z. B. auch pseudonyme oder auch anonyme Aufforderungen[16]), ebensowenig braucht der Aufgeforderte oder wie das Gesetz sagt, der „Andere" eine individuell bestimmte Person oder dem

---

[13]) Binding S. 839; ebennso RG. 38/133; Kuhlmann S. 40; Witte S. 23; Bar II § 444 S. 844 Anm. 9 a. And. A. Mayer, Vergl. Darst. Bd. I S. 374.

[14]) Vgl. Behge S. 43; Kuhlmann S. 40; Haeger S. 21.

[15]) Vgl. Schwartz S. 148; Merkel S. 151; Frank S. 110 III; Geyer in H.H. IV S. 153; Olshausen § 110 Nr. 4 a S. 235; RG. v. 4. 6. 97, E. 30/142, v. 29. 1. 03, E. 36/228. And. M. Binding 2 S. 843; Oppenhoff-Delius N. 14.

[16]) Lobe in L.K. S. 250; RGSt. 36, 228.

Auffordernden bekannt zu sein, vielmehr wird der Tatbestand, da das Gesetz nicht unterscheidet, auch da erfüllt, wo die Aufforderung an mehrere nicht individuell erkennbare Personen gerichtet ist[17]). Frank[18]) läßt deshalb eine Zeitungsannonce genügen. Zutreffend sagt Binding[19]), daß sie sich an einen Einzigen, aber auch an eine Menschenmenge richten kann, nur darf sie dann im letzteren Fall nicht öffentlich erfolgen wegen der subsidiären Bedeutung des § 49a. Es genügt dann, daß diese Mehrheit von Menschen die Aufforderung wahrnehmen und ihren Inhalt erkennen kann, wobei zur Erkennbarkeit der Aufforderung nur erforderlich ist, daß sie nach Lage der Umstände ihrem Inhalt nach verstanden werden kann.

Kuhlmann[20]) dagegen erfordert als Adressaten stets eine individuell gekennzeichnete Person, denn nur so könne zwischen dem Erklärenden und dem Adressaten ein geistiger Konnex entstehen[21]).

Während der Begriff des Anstiftens auf der Voraussetzung beruht, daß der Wille des Anzustiftenden auf die Begehung der Tat noch nicht gerichtet ist, eine Einwirkung auf die Willensbestimmung eines andern also zum Zweck hat, fehlt der Aufforderung, die, wie Witte[22]) sagt, doch nichts weiter als eine Kundgebung an einen andern ist und nicht erfordert, daß infolge dieser Kundgebung der Entschluß in dem Aufgeforderten entstehe, diese Beschränkung, und ist sie selbst dann strafbar, wenn sie sich an einen aus eigenem Willen zur Tat bereits Entschlossenen richtet, eine Einwirkung auf denselben also gar nicht mehr möglich ist[23]).

Während § 49a mit Strafe bedroht das „Auffordern" zu einem Verbrechen, läßt der „Entwurf von 1927" diesen Deliktstatbestand des geltenden Rechts fallen und gebraucht statt dessen die Worte „Wer jemand zu verleiten sucht", greift damit also auf den Entwurf vom 15. 5. 1871 zurück, geht doch der heutige Begriff „Auffordern" auf dem Umweg über den der Anstiftung auf den Begriff der „unternommenen Verleitung" zurück, der damals von der Kommission, wel-

---

[17]) So auch Olshausen S. 235; RG. in SeuffBl. 69 S. 572; Ortloff in GS. 67 S. 226.

[18]) Anm. III, 1 zu § 49a.

[19]) a. a. O. S. 839; zust. Schwartz S. 148; Lobe in L.K. S. 250.

[20]) Der § 49a StGB. S. 40.

[21]) So auch Oppenhoff Nr. 5 S. 133.

[22]) Erl. Diss. S. 24.

[23]) Der gleichen Ansicht: Witte S. 24; Behge S. 42; RG. 52 S. 84; Binding 2 S. 843; Frank II, 2b; Hälschner 1 S. 408; Wachenfeld S. 550 Nr. 2; Haeger S. 21; Schwartz Nr. 5b S. 148; Geyer in H.H. S. 152.

cher der Entwurf vom Reichstag zur weiteren Vorbereitung überwiesen war, ersetzt wurde, weil ihr „Verleiten" zu vieldeutig und unsicher erschien. Der Entwurf hat sich damit die Anschauung Kuhlmanns[24]) zu eigen gemacht, der u. a. auch fordert, daß die unter Strafe zu stellenden Erklärungen, soweit es sich darum handelt, in einer anderen Person den Entschluß zur Begehung eines Verbrechens zu erwecken, nicht auf die allein beschränkt werde, welche sich gerade als „Aufforderungen" darstellen. Es fällt daher unter die neue Strafdrohung jeder, der — gleichviel auf welche Weise — sich bemüht, in einen anderen den Entschluß zu einem Verbrechen hervorzurufen.

Der Aufforderung wird das vorsätzliche, rechtswidrige Sicherbieten — begrifflich an sich, wie v. Bar glaubt, nichts als eine vorläufige Willensmanifestation — gleichgestellt. Bar gebraucht diesen Ausdruck m. E. zu Unrecht, denn in dem Erbieten drückt sich doch nicht nur die Geneigtheit aus, verbrecherisch zu handeln, sondern auch schon der verbrecherische Entschluß, der in die Außenwelt getretene verbrecherische Wille, so daß man nicht nur von einem bloß inneren Vorgang sprechen darf. Allgemein versteht man unter Erbieten die an einen anderen gerichtete Erklärung im Falle seines Einverständnisses, d. h. sofern gewisse Bedingungen erfüllt sind, ein Verbrechen begehen zu wollen. Wer ein Anerbieten zur Begehung eines Verbrechens macht, muß wissen, daß die in Aussicht genommene Tat die Merkmale eines Verbrechens an sich trägt, und sein Anerbieten, gleichviel in welcher Form es gemacht ist und welchen Grad der Bestimmtheit sein Inhalt in sich trägt, muß zur Kenntnis des andern gelangt sein. Damit ist der Tatbestand erfüllt, selbst wenn es auch nicht gelingt, den andern zur Annahme zu bewegen. In diesem Tatbestand liegt weder eine anstiftende Tätigkeit, noch eine Versuchs- oder Vorbereitungshandlung[25]); eine Anstiftungshandlung um deswillen nicht, weil die Tätigkeit des Anbietenden erst darauf abzielt, sich durch einen andern anstiften zu lassen, er will nicht Anstifter sein, sondern ein Angestifteter werden, andererseits fällt ihm nicht einmal eine Vorbereitungshandlung, geschweige denn eine Versuchshandlung zur Last, denn schon erstere setzt den Täterwillen voraus, dessen zukünftige Bildung hier nur in Aussicht gestellt wird. Das Erbieten stellt sonach den bedingten Entschluß dar, ein Verbrechen zu begehen, nämlich dann, wenn der andere seine Einwilligung dazu erklärt hat und insbesondere auch zur Erfüllung der von dem Erklärenden etwa gestellten Bedingungen bereit ist. Wer aber diese Geneigtheit

---

[24]) Der § 49a StGB. S. 74.
[25]) Stemann in GS. Bd. 28 S. 270.

in der in § 49a bezeichneten Weise äußert, verfällt dem Strafgesetz[26]). Frank verlangt in subjektiver Beziehung allerdings noch die Vorstellung, daß der andere Teil an der Begehung der bedingungsweise zugesagten Tat ein Interesse habe oder haben werde. Dagegen besonders heftig Stemann[27]), der folgendes — m. E. völlig zu Unrecht — ausführt: „Die geistige Einwirkung des Sichanbietenden, welche den andern zu bewegen sucht, ihm ein wirksames Motiv für die Begehung des Verbrechens zu verschaffen, woran es zur Zeit noch gebricht, gibt wohl Zeugnis von einer verbrecherischen Neigung, doch bekundet sein Verhalten zugleich, daß aus dieser Neigung der Verbrecherwille an und für sich nicht hervorgehen werde, solange nicht durch die Annahme des Erbietens die anstiftende Tätigkeit des andern auf ihn eingewirkt hat. Selbst wenn bei dem Anerbieten es auf einen materiellen oder ideellen Vorteil abgesehen ist und eine solche Hoffnung den verbrecherischen Gedanken eventuell geboren hat, solange der Betreffende nicht überzeugt ist, daß seine Hoffnung sich realisieren werde, solange wird er den verbrecherischen Vorsatz weder fassen noch ausführen, bis dahin bleibt der Gedanke eben Gedanke, mag er gegen einen anderen geäußert sein oder nicht, und schon der im Römischen Recht anerkannte Grundsatz: ‚cogitationis poenam nemo partitur' sollte abhalten, die bloße Äußerung eines solchen Gedankens unter Strafe zu stellen. Weiß doch der Anbietende noch gar nicht, ob die Annahme seines Anerbietens im Augenblick, wo sie erfolgt, wirksam genug ist, um ihn zur Begehung des Verbrechens zu bestimmen. Erst wenn dies der Fall ist, entsteht das konkrete verbrecherische Wollen, welches als Täterwille sich kundgeben kann. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit noch hinter dieses Wollen zurückzulegen und auf eine Tätigkeit zu beziehen, welche nur unter ganz unberechenbaren Umständen zu einem verbrecherischen Entschluß führen kann, scheint doch sehr bedenklich zu sein."

Der Andere, demgegenüber man sich erbietet, darf noch nicht selbst zur Verbrechensbegehung aufgefordert haben, da andernfalls das Erbieten mit der Annahme der Aufforderung zusammenfallen würde. Man erwartet keine Aufforderung, sondern eine Annahme des Anerbietens, obwohl an sich zur Strafbarkeit es einer Annahme nicht bedarf, denn auch das Erbieten ist gleich der Aufforderung rein einseitige Tätigkeit.

Nach Binding[28]) erbietet sich der zu einem Verbrechen, der

---

[26]) Zustimmend: Witte S. 24; Behge S. 44; Olshausen S. 236; Schwartz S. 140; Frank III, 2; Kuhlmann S. 37; Meves S. 338; Geyer in H.H. 4 S. 155; Hälschner S. 410.

[27]) GS. Bd. 28.

[28]) Lehrb. 2 S. 840.

sich gegenüber einem andern bereit erklärt, auf dessen Aufforderung oder mit dessen Billigung das Verbrechen zu verüben. Der Erbietende erklärt sich unter einer Bedingung zur Fassung und Ausführung des verbrecherischen Vorsatzes bereit, und zwar gegenüber einer Persönlichkeit, von der er annimmt, daß sie darauf Gewicht legt. Daß er schon vorher einen unbedingten Vorsatz gefaßt haben muß, ist nicht erforderlich, ebensowenig, daß er ihn nachher faßt. So auch Binding, der es sogar ausdrücklich für unzutreffend bezeichnet, daß durch das Annehmen des Erbietens der bis dahin nur bedingt gefaßte Entschluß in einen unbedingten verwandelt werde. Das Erbieten, eine Aufforderung zur Aufforderung von der Gegenseite[29]), kann einem Einzelnen gegenüber, aber auch öffentlich vor einer Menschenmenge geschehen. Es muß die in Aussicht gestellte Tat bestimmt angeben und wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch in einer Weise bezeichnet sein, daß über sie kein Zweifel bestehen kann.

Auch hier verneint ein Teil die Notwendigkeit, daß der „Andere" das Erbieten als solches aufgefaßt und verstanden haben müsse oder daß er es als Anerbieten zur Begehung eines Verbrechens einschätzen müsse; es genüge, wenn es an ihn in einer Weise gelangt ist, daß er es erkennen und verstehen konnte.

Der Entwurf vom 14. 5. 1927 hat die strafbare Handlung des Sicherbietens unverändert in § 196 wiederholt, den Deliktstatbestand des strafbaren Erbietens also aus dem geltenden Recht herübergenommen.

Außer dem Auffordern bzw. Verleiten und dem Erbieten untersteht auch deren vorsätzliche rechtswidrige Annahme den Strafdrohungen des § 49a. Dagegen wiederum Stemann[30]), der es auch hier ablehnt, strafen zu sollen, ohne zu wissen, ob der in der Annahme dargebotene Beweggrund sich als wirksam erwiesen und somit die Gefahr als eine unmittelbar drohende erscheint.

„Annahme der Aufforderung" ist die Kundgebung des Willens, der Aufforderung Folge zu leisten, „Annahme des Erbietens" eine ernstliche Kundgebung des Einverstandenseins mit dem den Gegenstand des Erbietens bildenden Vorhaben, und zwar unter den eventuell gestellten Bedingungen, wobei unter Annahme nicht die Empfangnahme, sondern einfach die Erklärung des Einverständnisses gegenüber dem Auffordernden bzw. dem Erbietenden zu verstehen ist[31]). Frank gibt auch noch zu beachten, daß der Aufgeforderte, auch wenn er nicht annimmt, möglicherweise auf Grund des § 139 oder der diesem nachgebildeten

[29]) Binding, Lehrb. 2 S. 839.
[30]) GS. Bd. 28 S. 271.
[31]) So Behge S. 47/49; Haeger S. 32; Witte S. 30; Hälschner 1 S. 109; Frank 3a, b; Binding; Geyer in H.H. S. 154.

Stellen strafbar ist. Voraussetzung der Strafbarkeit der Annahme ist dabei allerdings das Vorliegen einer Aufforderung bzw. eines Erbietens, das den Erfordernissen des Duchesne-Paragraphen entspricht. Die Annahme bedeutet nie das Zustandekommen eines Komplotts, denn der Komplottbegriff setzt eine Verabredung zur Mittäterschaft voraus. Es können, wenn überhaupt, als Komplottanten nur die bestraft werden, welche die gemeinschaftliche Ausführung eines Komplotts verabreden, da nach § 47 StGB. nur die als Mittäter anzusehen sind, welche eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen.

Die Annahme ist an keine Form gebunden und kann ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erklärt werden. Während aber Behge[32]) sagt, die Annahme könne ebenso ausdrücklich wie stillschweigend erklärt werden, verlangen andere[33]), daß die Annahmeerklärung irgendwie an den Aufforderer oder Erbietenden gerichtet sein muß, so daß dieser sie wahrnehmen und verstehen kann. Die bloß stillschweigende Annahme oder ein entsprechendes Verhalten genüge nicht. Dagegen läßt wiederum und wohl mit Recht Meves die stillschweigende Vornahme der zur Ausführung des betreffenden Verbrechens erforderlichen Vorbereitungshandlungen genügen, wenngleich auch er in Anlehnung an Witte[34]) wie Behge[35]) das bloße Unterlassen der Ablehnung als Annahme noch nicht auffaßt. Nach Schwartz[36]) ist Nichtablehnung Sache tatsächlicher Erwägung. Annahme unter einer Bedingung sei Ablehnung verbunden mit einer Aufforderung. Die Annahme ist ein freier Willensakt und muß der Annehmende sie als solche zu dem Verbrechen oder zur Teilnahme an einem solchen richtig aufgefaßt haben. Liegt sie als Ergebnis einer Drohung nach § 240 vor oder hat der Aufgeforderte sie aufgefaßt als einen für ihn bindenden Befehl eines Vorgesetzten und sie deshalb angenommen, so fehlt der Begriff der Annahme, und zwar auch dann, wenn sie in der irrigen Meinung dieser Umstände erfolgte[37]).

Zur Strafbarkeit der Annahme ist endlich erforderlich, daß die Handlung, zu welcher aufgefordert worden, und derjenige, zu welcher der Aufgeforderte sich bereit erklärt, identisch sind. Erklärt sich der Aufgeforderte zu einem anderen Verbrechen bereit als zu dem er aufgefordert wurde, so fehlt gleichfalls die Annahme, allerdings kann dann aber seine Erklärung unter Umständen als Erbieten zu einem Verbrechen

---

[32]) Diss. S. 49.
[33]) Z. B. Loebe in L.K. S. 250.
[34]) Diss. S. 30.
[35]) Diss. S. 47/48.
[36]) Das StGB. f. d. Dtsch. Reich S. 148.
[37]) Zustimmend Lobe in L.K. S. 250; Binding S. 840.

strafbar sein. Dasselbe gilt bezüglich des Erbietens und der Annahme desselben.

Im neuen Entwurf ist die Wendung des geltenden Rechts „Wer eine solche Aufforderung annimmt" ersetzt durch die Worte: „Wer sich auf das Ansinnen eines andern zu einem Verbrechen bereit erklärt."

Daß der Entwurf nicht mehr von der Begehung eines Verbrechens und der Teilnahme an einem solchen, sondern einfach von einem „Verbrechen" spricht, bedeutet keine sachliche Änderung, da der Entwurf unter Verbrechen — ebenso unter Vergehen — stets auch die Teilnahmehandlungen begreift. Der Entwurf geht davon aus, daß unbestritten selbst ein Verbrechen begehe, wer sich an einem solchen beteiligt, sich daher die besondere Hervorhebung der Teilnahme an einem Verbrechen neben dem Verleiten und Sicherbieten zu einem solchen erübrige. Im geltenden Recht dagegen ist ausdrücklich wie die Aufforderung und das Erbieten zur Verübung eines Verbrechens, so auch die Aufforderung und das Erbieten zur Teilnahme[38]) an einem Verbrechen, d. h. die an einen anderen gerichtete Erklärung, mit ihm gemeinschaftlich die Tat, welche rechtlich gewürdigt als Verbrechen sich darstellt, zu begehen oder ihm Beihilfe zu leisten bzw. einen Dritten zur Begehung der Tat oder Beihilfe hiezu zu bestimmen, strafbar und hält dabei ein Teil, und wohl mit Recht, nicht für erforderlich, daß die Teilnahme selbst sich als Verbrechen im Sinne des § 1 StGB. kennzeichnet; es genüge vielmehr, jede Art der Beteiligung, insbesondere auch Beihilfe, Begünstigung[39]). Schwartz z. B. sagt: „Daß auch die Teilnahme an dem Verbrechen ein Verbrechen im Sinne des § 1 StGB. sein muß, wird vom Gesetz nicht verlangt."

And. M. Behge[40]), welcher unter Hinweis auf die Motive, welche ebenfalls die Beschränkung auf Tatbestände reiner Verbrechensnatur befürworten, die Teilnahme an einem Verbrechen als Gegenstand der Aufforderung nur dann den Bedingungen des § 49a genügen läßt, wenn sie ausdrücklich selbst sich als „Verbrechen" kennzeichnet und der beispielsweise in der Aufforderung zur Teilnahme an einem einfachen Diebstahl nur dann die Aufforderung zu einem Verbrechen sieht, wenn bei dem Aufgeforderten, wie der Auffordernde weiß, die Voraussetzungen des wiederholten Rückfalls vorhanden sind und deshalb seine Tat im Falle der Begehung als Verbrechen sich kennzeichnen würde.

---

[38]) Über die Bedeutung des Ausdrucks „Teilnahme" siehe Haeger S. 17 ff., welcher nach eingehender Untersuchung im Gegensatz zur herrschenden Lehre zu dem Schluß kommt, unter „Teilnahme" des § 49a — § 50 entsprechend — Anstiftung, Beihilfe und Mittäterschaft eingereiht wissen zu wollen. So auch Olshausen § 49a Anm. 2 S. 236.

[39]) Lobe in L.K. S. 250; Olshausen S. 207 u. S. 236 Nr. 9.

[40]) Erl. Diss. S. 83.

And. M. auch Binding[41]), der ausdrücklich verlangt, daß gerade die Teilnahme auch ein Verbrechen sein muß und gegensätzlich das Beispiel anführt, daß der Mittäter an einem Diebstahl i. R. nicht auch rückfällig und daher auch nicht strafbar zu sein brauche. Allein[42]) ist aber Binding[43]) mit seiner Ansicht, daß die Aufforderung zur Teilnahme nur dann unter § 49a falle, wenn das Verbrechen selbst von einem Dritten begangen werden soll, daß also als Haupttäter gegenüber dem Teilnehmer nicht auch der in Betracht kommen kann, welcher in einer dem § 49a entsprechenden Weise mit dem künftigen Teilnehmer in Verbindung tritt. Nach seiner Ansicht scheidet für § 49a der Auffordernde aus der Reihe der möglichen Täter des Verbrechens, zu dem aufgefordert wurde, aus und handelt es sich insoweit nur um die „Werbung von Mittätern, Gehilfen, ja auch von Anstiftern zu fremden Verbrechen". Würde man die Aufforderung zur Teilnahme in § 49a als Aufforderung auch zur Teilnahme an eigenen Verbrechen deuten, so würde es besagen, daß bei allen „Verbrechen" nicht nur die gelungene, sondern schon die versuchte Komplottbildung, nicht nur die gelungene, sondern schon die versuchte Werbung eines Gehilfen unter Strafe treten sollten, und zwar für beide Teile. Damit wären aber — glaubt Binding — die §§ 48 u. 49 einfach auf den Kopf gestellt[44]).

Wenn es allerdings vom Aufforderer zur Begehung des Verbrechens selbst kommt oder er als Anstifter, Mittäter oder Gehilfe dabei in Betracht kommt, so wird § 49a wegen seines subsidiären Charakters nicht angewandt und wird der Aufforderer als Täter oder Teilnehmer bestraft.

2. Das Erfordernis der Verbrechensqualität.

Die Aufforderung und das Erbieten sowie beider Annahme müssen zum Gegenstand haben die Begehung eines Verbrechens oder die Teilnahme an einem solchen.

---

[41]) Lehrb. 2 S. 863.

[42]) Auch Meyer-A. S. 210 Nr. 10 darf man wohl als ablehnend bezeichnen.

[43]) Lehrb. 2 S. 842.

[44]) Vor allem sind and. A. und m. E. mit Recht v. Bar II S. 849/50; Frank § 49a Nr. III, 1; RG. 6, 535; Olshausen Nr. 9 S. 236; Kuhlmann S. 50, der sich eingehend gegen B.s Ansicht wendet; Geyer in H.H. 4 S. 153; Schwartz S. 148; Meyer-Allfeld S. 228; Merkel S. 151, der es ebenfalls ausdrücklich für möglich hält, daß der Auffordernde sich Mittäter oder Gehilfen wirbt und dem § 49 unterfällt.

Bar[45]) spricht hier von einem Verbrechen im technischen Sinn des Strafgesetzbuchs, d. h., da es auf die juristische Beurteilung durch den Schuldigen nicht ankommt, von Taten, die, wie sie in der beabsichtigten tatsächlichen Gestaltung in der Vorstellung des Schuldigen erscheinen, als Verbrechen zu betrachten sind[46]). Soweit der Versuch eines Verbrechens selbst wiederum ein Verbrechen ist, fällt auch die Aufforderung zu einer Handlung, die aus irgendeinem Grunde nicht zur Vollendung gelangen kann und deshalb nur den Versuch eines Verbrechens darstellt, objektiv unter den Begriff eines Verbrechens[47]). Die Tat, zu deren Begehung aufgefordert oder erboten wird, muß sich also nach der ratio legis als ein Verbrechen darstellen, muß also bedroht sein mit einer der im § 1 Abs. 1 RStGB. oder früher im MStGB. § 1 Abs. 1 angedrohten Strafen[48]). Zu welchen Verbrechen aufgefordert wird, ist gleichgültig. Da aber bei den sog. Erfolgsdelikten der Erfolg weder direkt noch eventuell gewollt sein kann, so findet § 49a auf sie keine Anwendung. Daß aber das Verbrechen wörtlich oder ausdrücklich bezeichnet sei, ist nicht erforderlich, denn der Ausdruck „Verbrechen" in § 49a ist nichts als ein Name, bildet nur eine zusammenfassende Umschreibung aller Verbrechenstatbestände[49]). Es genügt, daß in bewußter und für den anderen erkennbarer Weise zur Begehung einer Tat aufgefordert werde, welche objektiv als Verbrechen oder als Teilnahme daran sich darstellt[50]). Es genügt die Kenntnis der die Verbrechenseigenschaft begründenden Tatsachen, d. h. der Auffordernde muß sämtliche Tatumstände kennen, die zum gesetzlichen Tatbestand des Verbrechens gehören, das der andere begehen soll in Verbindung mit dem Bewußtsein von der Normwidrigkeit der Handlung, zu der aufgefordert wird, und zwar sowohl auf seiten des Auffordernden oder Erbietenden als auch des Annehmenden; die Merkmale, welche die Handlung im Sinne des Gesetzes zum Verbrechen stempeln, müssen also innerhalb ihrer Vorstellung liegen[51]). In subjektiver Hinsicht wird demnach nur Kenntnis

[45]) Lehrb. 2 S. 849.

[46]) RG. VI v. 31. 1. 90, III v. 4. 1. 04; v. Bar 1 S. 164; Olshausen § 49a Nr. 9 S. 235. And. A. Oppenhoff-Delius N. 10.

[47]) RG. II v. 11. 7. 84, R. 6/535; Olshausen Anm. Nr. 9 zu § 49a S. 235.

[48]) Vgl. RG. II v. 1. 4. 87, E. 15/396; Hecker, Militärstrafrecht S. 86, G. 30 S. 140 und Abhandlg. 78; Romen-Rissom, MStGB. 37; Fr. Koppmann, Teilnahme an militär. Delikten S. 64.

[49]) Kuhlmann S. 47; Frank in ZStW. XII S. 284; Haeger S. 15.

[50]) So beispielsweise auch RMG. I v. 15. 3. 09; RG. IV v. 9. 12. 92, 23/352; Lobe in L.K. S. 252; v. Bar 2 S. 843 Anm. 9; Meves III, 2 S. 333; Olshausen Anm. 8 S. 236; Meyer-Allfeld S. 227; Frank N. III; Oppenhoff-Delius Nr. 8 S. 133.

[51]) Gleicher Ans. Meves, Nov. S. 334; Schütze, Nachtrag S. 10; Meyer S. 43 Anm. 22; Witte S. 28; Frank § 49a Anm. III.

der Tatumstände erfordert, welche die Tat, zu der aufgefordert wird, als ein Verbrechen erscheinen lassen, sowie der Wille des Täters, den anderen zu der Tat, welche als ein Verbrechen sich darstellt, zu bestimmen [52]). Kennt der Auffordernde, der das Erbieten Annehmende die Umstände, welche der Tat den Charakter eines Verbrechens gewähren, nicht, so sind sie für seine Beurteilung außer Betracht zu lassen, da die Haftung des Auffordernden nur so weit reicht wie sein dolus.

Ob im Einzelfall ein „Verbrechen" vorliegt, bestimmt sich der herrschenden Meinung [53]) nach allein vom Standpunkt des Aufgeforderten bzw. Sicherbietenden, denn diese sind es ja, welche die Tat begehen sollen. § 49a kommt nur zur Anwendung, wenn die Tat auf seiten der Genannten sich als solche darstellt, welche mit Tod oder Zuchthaus oder mit Festung über 5 Jahren bedroht ist. Es ist, wie Behge [54]) richtig bemerkt, für die Strafbarkeit gleichgültig, ob sie auch auf seiten des Auffordernden ein Verbrechen ist [55]). Oborniker [56]) dagegen, welcher fälschlich die Frage, ob ein Verbrechen gegeben ist, allein vom Standpunkt des Auffordernden beantwortet wissen will, bezeichnet die herrschende Ansicht als inkonsequent. — § 50 findet auf § 49a keine Anwendung. Einmal deshalb nicht, weil er nur von Personen spricht, die zum Täter im Verhältnis als Teilnehmer stehen, dann aber auch, weil die Aufforderung zum Verbrechen das Vergehen aus § 49a erst begründet und nicht etwa nur straferhöhend wirkt. Es ist daher ohne Einfluß, ob die Handlung aus allgemeinen Gründen oder wegen der persönlichen Verhältnisse und Eigenschaften des Aufgeforderten als Verbrechen erscheint [57]), wenngleich dem Auffordernden usw. diese Verhältnisse und besonderen Tatumstände, die gerade in der Person des Aufgeforderten vorliegen, bekannt sein müssen [58]).

And. A. v. Bar [59]), der die Verbrechensqualität auf Grund per-

---

[52]) RG. I v. 12. 2. 26, E. 60/90; RMG. E. 13/274.

[53]) RG. I v. 29. 8. 99; v. Bar II § 443 S. 842/43; Binding II, 2 S. 842; Olshausen S. 236 Nr. 19; Oppenhoff-D. S. 133 Nr. 9; Haeger S. 15. Doch stellen, wie Kuhlmann S. 47 Anm. 2 bemerkt, diese dies nur bezüglich der Aufforderung fest. Ferner Allfeld § 40 S. 252 Nr. 4; RG. 32, 267.

[54]) Diss. S. 79.

[55]) RG. I v. 29. 8. 99 S. 267 ff.

[56]) Monatsschr. f. Krim.-Psych. u. Strafr.-Reform Jahrg. 1904.

[57]) Gleicher Meinung Olshausen Anm. 19 S. 236; Mayer-A. S. 209 IV; Binding 2 S. 842 IV; RG. E. 32/267; Frank II, 1; Oppenhoff-D. Nr. 9; Rüdorff-Stenglein Anm. 5.

[58]) Schwartz Nr. 4b S. 148; Allfeld S. 227 Anm. 4; Haeger S. 26; RG. 32/267, 29/899.

[59]) Lehrb. 2 842.

sönlicher Eigenschaften und Verhältnisse des Aufgeforderten oder des Sicherbietenden nicht gelten lassen will, da er rationell unter „Verbrechen" nur eine Handlung verstehen könne, die dies ihrem allgemeinen Charakter nach sei. Dagegen wiederum Behge[60]), der u. a. auch darauf sehr treffend hinweist, daß die Gefahr der wirklichen Rechtsverletzung eine viel größere ist bei einer Aufforderung zu einer Handlung, der Verbrechensqualität nur mit Rücksicht auf die in der Person des in Aussicht genommenen Täters liegenden Umstände innewohnt, als bei einer Aufforderung zu einer Handlung, deren Verbrechenseigenschaft nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen ist.

Stellt sich die Tat bei dem Aufgeforderten nur als Vergehen dar, so darf § 49a nicht gegen den Auffordernden angewendet werden, wenn auch für ihn die Tat als Verbrechen erscheinen würde. Darnach ist z. B. die Aufforderung zu gemeinschaftlicher Ausführung eines nur auf seiten des Auffordernden als Verbrechen sich darstellenden einfachen Diebstahls straflos[61]). An wen oder gegen wen das Verbrechen verübt werden soll, spielt keine Rolle, so daß es auch gegen den Auffordernden oder die Gegenpartei begangen werden kann[62]). Binding beispielsweise[63]) bejaht bei Aufforderung einer Gefangenen an einen Gefängnisbeamten zur Unzucht mit ihr die Strafbarkeit des Beamten wegen der Annahme. Allerdings steht hier oft die Erwägung entgegen, ob bei Zustimmung des persönlichen Deliktsobjektes der Tatbestand eines Delikts und insbesondere der eines Verbrechens überhaupt noch vorliegt.

Ob das Verbrechen überhaupt oder über den Versuch hinaus möglich ist, begründet keinen Unterschied, wofern nur nicht eine absolute auch den Versuch ausschließende Unmöglichkeit vorliegt[64]). Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Ausführung des Verbrechens, zu dessen Begehung oder Teilnahme aufgefordert wird, bedingt ist, wenn nur der verbrecherische Entschluß des Auffordernden unbedingt in einer den Voraussetzungen des § 49a entsprechenden Weise geäußert worden ist[65]).

And. M. Binding[66]), welcher glaubt, daß, wenn das Verbrechen, zu welchem aufgefordert wird, ein bedingtes sei, die Aufforderung erst mit Eintritt der Bedingung strafbar werde[67]).

---

[60]) Diss. S. 81/82.

[61]) RG. I v. 23. 9. 01, E. 48/366.

[62]) Schwartz N. 5a S. 148; Olshausen Nr. 8 III S. 236; Oppenhoff-D. Anm. 11; Binding 2 S. 863.

[63]) a. a. O. S. 862.

[64]) So auch Binding 2 S. 864; Schwartz Nr. 4c S. 150; Olshausen Nr. 8 II S. 235; RG. v. 26. 6. 00, E. 33/321.

[65]) RG. v. 13. 11. 94, E. 26/199; Schwartz Anm. 4d.

[66]) 2 S. 863 Anm. 5.

[67]) And. A. wieder Olshausen Anm. 8 II S. 236; RG. v. 13. 11. 94, E. 26/199, v. 21. 1. 95, E. 26/420.

Handelt es sich um ein Delikt, das im Ausland begangen werden soll, so muß der herrschenden Meinung zufolge die Handlung sowohl nach dem deutschen wie nach dem ausländischen Recht strafbar sein. Ist dies gegeben, so beurteilt sich die Frage nach der Verbrechensqualität allein nach dem deutschen Gesetz [68]). Auch das Reichsgericht — z. B. RG. III v. 4. 1. 04, E. 37, 45 ff.; RMG. I v. 15. 3. 09, E. 13, 274 — ist dieser Anschauung. Letztere Entscheidung behandelt z. B. den Fall, daß jemand von Deutschland aus seine in Dänemark befindliche Geliebte auffordert, sich in Belgien die Leibesfrucht entfernen zu lassen. Das Gericht stellte damals fest, daß, da die Tätigkeit des Angeklagten zum Teil im Inland erfolgte, die Handlung jedenfalls auch im Inland begangen und daher für die Beurteilung das deutsche Gesetz maßgebend sei. Weiterhin sei § 49 a ein delictum sui generis. Ausgeschlossen sei, daß ein Teil des Tatbestandes nach deutschem Recht und ein anderer Teil unter gewissen Voraussetzungen nach ausländischem Gesetz beurteilt werde. Die Tatbestandserfordernisse, die den Tatbestand einer im Gebiete des Deutschen Reiches begangenen Handlung erfüllten, könnten in ihrer Gesamtheit nur nach deutschem Gesetz beurteilt werden. Die Handlung, zu welcher der Angeklagte aufgefordert habe, sei nach § 218 StGB. mit Zuchthaus bedroht, mithin ein Verbrechen im Sinne des Gesetzes, und sei es unerheblich, daß die Tat, zu welcher der Angeklagte aufgefordert, nach dem Recht des Ortes, an dem sie begangen werden sollte — also nach belgischem Recht — sich nur als Vergehen darstelle.

Binding [69]) drückt diese Ansicht zutreffend wie folgt aus: „Das ‚Verbrechen' ist immer ein solches im Sinne des Strafrechts, auch wenn es im Ausland begangen werden sollte und dort nur zu den Vergehen zählte."

Nach Frank [70]), der ebenfalls mit der Mehrheit geht, kann gleicherweise, wenn die Handlung nach ausländischem Recht straflos ist, § 49 a nur angewendet werden, wenn § 4 Satz 1 oder 3 StGB. zutrifft.

And. A. z. B. Oppenhof-Delius [71]), welcher glaubt, daß das Delikt auch nach ausländischem Recht ein „Verbrechen" sein müsse.

Auch Lindenberg [72]) und Oborniker [73]), welcher die Begründungen der herrschenden Lehre als „knapp und nicht überzeugend"

[68]) Zustimmend: Behge S. 82; Allfeld S. 227; v. Bar § 49 a Anm. 4 b; Olshausenn Anm. 9 S. 236; Rüdorff-St. Anm. 7; Schwartz Anm. 5 S. 148; v. Liszt; Lobe in L.K. Nr. 2 S. 250.

[69]) Lehrb. 2 S. 864.

[70]) Anm. II, 1 zu § 49 a.

[71]) Anm. 10 zu § 49 a.

[72]) DJZ. 9 Sp. 1054.

[73]) Monatsschr. f. Krim.-Psych. Jahrg. 1907.

bezeichnet, sind dieser Ansicht. Letzterer will die Entscheidung nur aus der ratio des § 49a sich ergeben lassen und macht u. a. folgendes geltend: § 49a sollte die bis dahin gefährlichsten Aufforderungen unter Strafe stellen. Die Aufforderung an sich nun ist farblos. Ihr charakteristisches Gepräge erhält sie erst durch die Handlung, auf die sie abzielt. Die gefährlichsten Aufforderungen sind demnach die Aufforderungen zu den gefährlichsten Handlungen. Die Qualifizierung der Handlung aber ist abhängig von Ort, Zeit, Subjekt der Begehung. Jedes Strafgesetz stellt daher autonom den Wert bzw. Unwert fest, den eine Handlung innerhalb ihres Geltungsbereiches hat. Aus diesen Gesichtspunkten ergebe sich, daß das für die Beurteilung der Aufforderung zugrunde liegende Gesetz nur das Gesetz sein kann, das für die Wertung der Handlung, zu der aufgefordert ist, maßgebend ist, also lediglich das des Ortes, an dem die Handlung ausgeführt wird bzw. werden soll. Nur was dieses als „Verbrechen" ansieht, kann daher unter „Verbrechen" im Sinne des § 49a StGB. verstanden werden. Den Hinweis der herrschenden Lehre auf § 4 III StGB. will Oborniker wie folgt widerlegen: § 4 III besage, daß der Täter nur dann bestraft werden soll, wenn ein Angriff auf die ausländische Rechtsordnung sowohl nach ausländischem wie nach deutschem Recht strafbar ist. Will man also das in § 4 III zum Ausdruck gebrachte Prinzip auf § 49a Anwendung finden lassen, so könnte die Aufforderung nur dann bestraft werden, wenn sie sich als eine Aufforderung zu einem Verbrechen nach deutschem Recht darstellt und selbst auch nach dem Recht des Staates, in dem die Handlung begangen werden soll, strafbar ist, denn wir hätten ja schließlich kein Interesse daran, einen fremden Staat vor einem Angriff auf seine Rechtsordnung zu schützen, wenn er einen Schutz gegen einen derartigen Angriff selbst für überflüssig hält. Ferner: § 4 III setze voraus, daß der Täter ein Deutscher sei, § 49a erfasse dagegen gleichmäßig Ausländer wie Inländer; das deutsche Gericht müßte also auch Ausländer wegen einer Handlung — Aufforderung — gegen seinen Heimatstaat strafen, die sie dort ungestraft begehen könnten.

Im Gegensatz zur Mehrheit steht auch Kuhlmann[74]), der zwar an sich die Frage, ob die in concreto zu begehende Handlung mit einer der in § 1 I StGB. angeführten Strafen bedroht ist, vom Standpunkt des deutschen Rechts aus beantwortet, jedoch von diesem Grundsatz abweicht, wenn die Handlung im Ausland begangen ist. Dann nämlich will er die dem § 49a entsprechenden Tatbestände straflos lassen, wenn die Tat nach dem betreffenden ausländischen Recht straf-

[74]) Der § 49a StGB. S. 46.

los oder doch nicht mit einer der deutschen Verbrechensstrafe gleichwertigen Strafe bedroht ist, denn sie seien nur präparatorische Akte, könnten also nicht unter Strafe gestellt werden, wenn die Hauptakte selbst nicht auch strafbar oder doch nicht in einer Weise strafbar sind, wie es dem in § 49a geforderten Verbrechenscharakter entsprechen würde.

Der „Entwurf von 1927" bedroht die erfolglose Verleitung nur, wenn es sich um „Verbrechen" handelt, wohl aus der richtigen Erwägung heraus, daß für eine Ausdehnung auf minder strafwürdige Fälle kein Bedürfnis vorliege und es nicht im Interesse der Rechtssicherheit liege, zumal der Begriff der Aufforderung schon durch den umfassenderen Ausdruck „Verleiten" ersetzt ist. Er erfüllt damit eine Forderung A. Köhlers[75]), der eine generelle Bedrohung erfolgloser Anstiftung bei allen Vergehen nicht der Einführung bedürftig erachtet, sondern nur bei schweren Delikten oder bei besonders bedenklichen Formen.

Ähnlicher Ansicht auch Kuhlmann[76]), der zwar eine Ausdehnung auf Vergehen für nötig erachtet, jedoch nur soweit nicht der Mangel eines praktischen Bedürfnisses entgegensteht und nur mit der Beschränkung auf solche Vergehen, denen gleich den Tatbeständen des § 49a eine erhöhte Möglichkeit der Gefährdung des nach dem Inhalt der betreffenden Erklärung in Frage stehenden Rechtsgutes eigen ist.

Wie in § 29 des Entwurfes der Ausdruck „Tat", so bedeutet auch in § 196 des Entwurfes, welcher ebenfalls die strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen — 1. Buch — und Übertretungen — 2. Buch — einteilt und somit die aus dem französischen Recht stammende, schon in der deutschen Partikulargesetzgebung gebräuchlich gewordene Dreiteilung beibehält, das Wort „Verbrechen" nur die rechtswidrige Verwirklichung des objektiven Tatbestandes.

3. Das Erfordernis der Schriftlichkeit und das der Vorteilsgewährung.

Der Tatbestand der Abs. 1 u. 3 erfährt insofern eine Einschränkung, als das „lediglich mündlich ausgedrückte" Auffordern oder Erbieten bzw. das Annehmen eines solchen nur dann bestraft werden soll, wenn das Auffordern oder Erbieten an die „Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art" geknüpft worden ist. An sich brauchen nur die Aufforderung und das Erbieten mit der Gewährung von Vorteilen verbunden sein, jedoch sind auch die beiden Annahmeerklärungen nur

[75]) Dtsch. Strafrecht S. 528.
[76]) Der § 49 StGB. S. 74.

dann strafbar, wenn das entsprechende Auffordern bzw. Erbieten, sofern sie lediglich mündlich sind, an die Gewährung von Vorteilen geknüpft sind, mögen die Annahmeerklärungen nun auch ihrerseits „lediglich mündlich" sein oder nicht. Der sich an Art. 1 Abs. III des belgischen Gesetzes anlehnende Absatz 3, der geschaffen wurde in Abänderung der Fassung der zweiten Beratung „Wer schriftlich oder unter der Gewährung oder dem Versprechen von Vorteilen auffordert", sollte dazu dienen, „durch die Forderung gewisser Garantien für den Beweis, böswilligen Denunziationen und leeren Klatschereien einen Damm entgegenzesetzen". Um also für die Praxis eine Handhabe zu schaffen, daß nicht flüchtige und unüberlegte Äußerungen bereits unter das Strafgesetz gestellt werden müssen[77]), um also äußere Anhaltspunkte zu haben für die Ernsthaftigkeit des Willens desjenigen, von dem die Aufforderung oder das Erbieten ausgeht — dies war ja die Absicht des Gesetzgebers —, war der Abs. III geschaffen worden, um also einen mehr greifbaren, die Ernstlichkeit mehr darstellenden Tatbestand zu haben, denn — so dachte der Gesetzgeber — der Beweis einer bloß mündlichen Aufforderung ist zu unsicher, um darauf eine Verurteilung des Beschuldigten bauen zu können, ein Bedenken, das besonders erst recht für die Aufforderung durch symbolische Handlungen gilt.

Es fragt sich nun, was unter dem „lediglich mündlich" zu verstehen ist. „Lediglich mündlich" bedeutet, und dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte, den Gegensatz zu „schriftlich" und ist eine „lediglich mündliche" Form auch dann nicht gegeben, wenn noch schriftliche Aufzeichnungen hinzukommen, die zwar nicht für sich allein, wohl aber in Verbindung mit dem mündlich Erklärten oder den sonst begleitenden Umständen die Aufforderung ergeben, ist also schriftliche Aufforderung richtiger Ansicht nach auch dann gegeben, wenn sie nur im Zusammenhang mit dem mündlich Erklärten verständlich ist[78]). Aufforderungen in Zeitungen fallen unter § 110 StGB., sind also gelinder zu bestrafen, wenn sie keinen Erfolg haben.

Die Erklärung durch symbolisch schlüssige Handlungen — auch durch diese ist ein Auffordern und Erbieten möglich — vergißt der Gesetzgeber. Aber wie Binding[79]) richtig bemerkt, muß jeder, der den Sinn des Gesetzes erfassen will, sagen, daß hier ein Schluß vom Größeren auf das Kleinere notwendig ist, denn noch viel rascher und unüberlegter wie das Sprechen des Wortes vollzieht sich oft die auf-

---

[77]) Kuhlmann a. a. O. S. 53.

[78]) RG. I v. 29. 1. 03, II v. 21. 2. 24, E. 36/228, 58/92; Frank S. 102 II, 3; Witte S. 35/36; Olshausen S. 236. And. M. Kern, Äußerungsdelikte S. 78 ff.; vgl. RG. IV v. 24. 10. 11; JW. 41/412.

[79]) Lehrb. 2 S. 864.

fordernde Geste. Deshalb bedeutet „mündlich" soviel als „nicht schriftlich" und begreift die konkludente Handlung sowie auch jede noch einfacher denn mündlich erfolgende Handlung in sich[80]). Das Gesetz ist also dahin zu verstehen, daß das Auffordern und Erbieten, welches ausdrücklich durch Worte oder durch diesen gleichstehende ihrer Natur nach vorübergehende Zeichen ausgedrückt ist, selbst wenn noch so ernstlich gemeint, nur unter der weiteren in Abs. 3 enthaltenen Voraussetzung zu verstehen ist, während die, sei es allein durch Schrift oder bleibende Zeichen — z. B. Telegramm —, sei es in Verbindung mit solchen ausgedrückte Aufforderung usw., Ernstlichkeit vorausgesetzt, stets strafbar ist.

Verkörperte Äußerungen — Schriften, Darstellungen und Abbildungen — werden demnach den unverkörperten Äußerungen — Worten und Gesten jeder Art — gegenübergestellt. Auch eine falsche Unterschrift ist unerheblich. Auch Behge[81]) ist dieser Ansicht und führt zur Begründung vor allem an, daß zu dieser Unterscheidung von mündlicher und schriftlicher Aufforderung den Gesetzgeber besonders die Sorge veranlaßt habe, daß nicht eine rasch und ohne Überlegung erfolgende Kundgebung zur Bestrafung führe, zumal ein freiwilliger Rücktritt nach der Vollendung als Strafausschließungsgrund leider nicht anerkannt ist. Entgegengesetzter Ansicht Geyer[82]), Hälschner[83]), Schütze[84]), welche in einer an die wörtliche Auslegung des Gesetzestextes sich klammernden, zu eng begrenzten Auslegung die konkludente Handlung, welche nicht lediglich mündlich, der Schriftlichkeit gleichstellen und sie darum nach § 49a ebenfalls für strafbar erklären. Liszt[85]) anerkennt ebenfalls, daß das symbolisch ausgedrückte dem lediglich mündlich ausgedrückten Auffordern oder Erbieten durchaus gleichstehe, jedoch bildet nach seiner Ansicht den Gegensatz nicht nur das schriftliche, sondern jedes auf irgendeine Weise verstärkte Auffordern oder Erbieten, welches die Ernstlichkeit des Entschlusses unzweifelhaft erkennen lasse[86]).

---

[80]) So die allgemeine Ansicht: RG. II v. 12. 11. 80, E. 30/30 ff.; Olshausen Anm. 11 S. 236; Meyer S. 243; Oetker, GS. 64 S. 114; Oppenhoff-D. § 49a Annm. 12; v. Bar 2 S. 847; Rüdorff-St. § 49a Anm. 12, 13; Frank Anm. II, 3; Schwartz; Binding S. 840; Lobe in L.K. S. 252.

[81]) Diss. S. 73.

[82]) H.H. S. 157.

[83]) 1 S. 411.

[84]) Anh. S. 10.

[85]) Lehrb. d. dtsch. Strafrechts S. 175.

[86]) Abweichend auch Kern S. 19. Nach Schwartz S. 148 ist diese Ansicht völlig irrig und verwechsle Liszt das „lediglich" mit „nur".

Ähnlich auch Kuhlmann[87]), der aber viel zu weitgehend außer den symbolischen auch die mündlichen Erklärungen, wenngleich sie doch an sich am ehesten falsch und deshalb auch zu Unrecht ernstlich aufgefaßt werden können, den schriftlichen, zu denen er auch die durch andere bleibende Zeichen zum Ausdruck gebrachten Erklärungen rechnet, gleichstellen will, wenn sie nur auf irgendeine Weise verstärkt, die Ernstlichkeit des Entschlusses hinreichend erkennen lassen. Wann dies möglich ist, sei jeweils beim einzelnen Fall zu entscheiden. Wieder andere halten die Auffassung, daß eine mündliche Aufforderung strafbar werde, wenn irgend etwas hinzutrete, für ungerechtfertigt; deshalb sei die mündliche Aufforderung namentlich auch dann nicht strafbar, wenn sie mit der Verabreichung der Mittel der Ausführung des Verbrechens verbunden gewesen sei[88]).

Das Gesetz verlangt für die Strafbarkeit das Verbundensein des lediglich mündlichen Aufforderns und Erbietens mit der Gewährung eines Vorteils, der gleichsam als verstärkendes Motiv für die Begehung des Verbrechens dienen sollte. Bei der Abfassung des § 49a war es zweifellos Absicht des Gesetzgebers, in dem Hervortreten solcher die Aufforderung begleitender Vorteile das Kennzeichen einer ernsthaften, sogar zu Opfern bereiten verbrecherischen Willensrichtung auf seiten des Gebenden bzw. Versprechenden zu erblicken[89]). Die Verknüpfung der Aufforderung mit der Gewährung von Vorteilen und das Ausbedingen eines Vorteils von dem Sicherbietenden verleihen eben den Erklärungen einen gewissen Nachdruck und wird so die Erklärung auf das Verhalten des Erklärungsempfängers im allgemeinen einen größeren Einfluß als eine andere Erklärung ausüben und kann demgemäß auch bei dem, der gerade einer solchen Erklärung sich bedient, sich also ein Opfer auferlegt, mit einiger Wahrscheinlichkeit auf einen Willen geschlossen werden, welcher ernstlich auf die Begehung der Tat gerichtet ist.

Es wird das Anbieten oder Verlangen von „Vorteilen irgendwelcher Art" erfordert, wobei als Vorteil im Sinne des Gesetzes jede erwünschte, wenn auch flüchtige vorübergehende Veränderung der gegenwärtigen Lage, hervorgerufen durch Geschenke oder sonstige unentgeltliche Zuwendungen, aufzufassen ist, und läßt die ausdrückliche Hinzufügung der Worte „irgendwelcher Art", ein Ausdruck, der eine häufige und weitgehende Auslegung erfahren hat, besonders auch im Hinblick auf andere Stellen des Strafgesetzbuchs, wo ausdrücklich von „Vermögens-

[87]) Der § 49 des StGB. S. 54.
[88]) v. Bar 2 S. 847; RG. v. 12. 11. 80, III v. 24. 1. 84, E. 3/30, 6/45. Vgl. RG. IV v. 22. 11. 95, E. 28/23.
[89]) RG. 10/4 ff.

vorteilen" gesprochen wird, nur die Deutung zu, daß auch die Gewährung von solchen Vorteilen, welche nicht Vermögensvorteile sind, sondern beispielsweise lediglich der Befriedigung des Ehrgeizes und der Eitelkeit dienen, geeignet sei, die Strafbarkeit zu begründen. Der Vorteilsbegriff ist daher dahin auszulegen, daß er jede Besserung sowohl der vermögensrechtlichen wie sonstigen Lage desjenigen umfaßt, welchem sie gewährt werden[90]).

Das Inaussichtstellen der Heirat kann nach Umständen als Versprechen eines Vorteils gelten[91]).

Frank[92]) will ebenfalls den Vorteilsbegriff keineswegs auf Vermögensvorteile beschränken, verlangt jedoch im Gegensatz zur herrschenden subjektiven Auffassung[93]), bei der es nur darauf ankommt, ob der andere seine Lage als vorteilhaftere empfindet — einerlei ob der Vorteil ein materieller oder ideeller ist —, die also auch rein subjektive Genüsse als Vorteile im Sinne des Gesetzes ansieht, eine, wenn auch nur vorübergehende, objektiv meßbare Besserung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage verlangt. Es muß also seiner Ansicht gemäß die Besserung der äußeren Lage des Bedachten nach objektiven Gesichtspunkten feststellbar sein und sind Vergünstigungen, welche objektiv eine solche Verbesserung nicht enthalten, sondern nur subjektiv als solche empfunden werden, z. B. Mitteilung eines Geheimnisses, nicht als Vorteile anzusehen[94]). Stienen[95]) spricht hier von einer Verwechslung von Vorteil und Verbrechen, d. h. von Ursache und Wirkung, denn wenn das Reichsgericht[96]) anführt, daß eine Inaussichtstellung vorliegen muß, wodurch die Lage des Aufgeforderten als eine vorteilhaftere erscheint, als sie ohne die Begehung des Verbrechens sein würde, so sei dies eine unzulässige Einschränkung des Begriffs Vorteil und brauche die Lage lediglich als vorteilhaftere erscheinen, als sie ohnedies, d. h. ohne die Versprechung sein würde.

---

[90]) So auch Behge S. 75 (siehe die dort angeführte Literatur); Liszt S. 807; Derkel S. 151; Simonson S. 6; Lobe in L.K. Anm. 7 b; Witte-Katzenstein in ZStW. 23 S. 169; Gerland S. 154; RG. I v. 24. 3. 87, E. 15/359; RGStr. 3/63, 9/166, 15/359, 51/179; RG. III v. 11. 4. 21 (1881/20). And. A. Schwarze § 49 a Anm. 9.

[91]) Recht 1921 Nr. 13/14.

[92]) § 49 a Anm. II.

[93]) RGStr. 9/167; Olshausen § 331 III b S. 236.

[94]) Kiesow-Zweigert, Ges. z. Schutz d. Republik S. 93 Anm. 4; Lobe in L.K. § 331; Binding 2 S. 839 Anm. 8; Kuhlmann S. 57, der eine objektiv meßbare Besserung, und zwar der Lage schlechthin jemandes verlangt (Hingabe einer Geldsumme, Unterlassung einer Strafanzeige).

[95]) JW. 1924 Heft 21/22.

[96]) RG. 22/94.

Es genügt, daß die Vorteile ihrer Natur nach an sich geeignet sind, motivierend zu wirken. Nicht erforderlich ist, daß der Vorteil, der keineswegs nach Höhe und Maß bestimmt zu sein braucht[97]), im konkreten Fall motivierend wirkt oder zu der Person oder zur Schwere der Tat in einem entsprechenden Verhältnis steht[98]). Allerdings kann es bezüglich des Nachweises für die Ernstlichkeit einer Aufforderung usw. oft von Wichtigkeit sein, ob der in Aussicht gestellte Vorteil nach den konkreten Verhältnissen geeignet war, auf den Willen des Aufgeforderten einzuwirken oder nicht[99]), für das gesetzliche Tatbestandsmerkmal des Vorteils aber ist es unerheblich. So fällt schon ein geringfügiges „Drangeld" unter den Begriff der Gewährung von Vorteilen[100]), denn es ist nicht angängig, die klare Bestimmung des Gesetzes „irgendwelcher Art" dahin einzuschränken, daß geringfügige Vorteile nicht darunter fielen oder sogar nur außergewöhnlich hohe gemeint seien. Bereits die Erlangung irgendwelcher Verdienstmöglichkeit fällt hierunter. Auf die Größe des Vorteils kommt es also nicht an, denn es soll gerade Strafe eintreten ohne Rücksicht auf die Sicherheit einer Einwirkung auf denjenigen, dem die Aufforderung oder das Anerbieten gemacht wird. Simonson bemerkt hierzu, daß im Gesetz hier wohl die subjektive Theorie des Versuchs, der zufolge die Ernstlichkeit des Willens, nicht aber maßgeblich sei die Tauglichkeit des gewählten Mittels, in starker Konsequenz zum Ausdruck habe gebracht werden sollen[101]). Dagegen Kuhlmann[102]), der zwar nicht verlangt, daß der Vorteil im Verhältnis zur Schwere der Tat stehen müsse[103]) — auch ein der Schwere des Verbrechens nicht angepaßter Vorteil könne für den Empfänger einen hinreichenden Anreiz zur Begehung der Tat geben und damit seine Gewährung einen gewissen Anhalt für die Ernstlichkeit der Erklärung bieten —, der aber im Gegensatz zur herrschenden Meinung fordert, daß der zu gewährende Vorteil den Verhältnissen des Empfängers angepaßt sei, um einen gewissen Anhaltspunkt für die Ernstlichkeit der Erklärung zu haben.

---

[97]) RGSt. 6/2.

[98]) So auch RGSt. 6/2, 15/359; Olshausen Anm. 12 S. 237; Binding II, 2 § 283 S. 840; Allfeld S. 229; Simonson, Begriff des Vorteils S. 8; Oppenhoff § 49a Anm. 13; Rüdorff § 49a S. 179 Anm. 11.

[99]) Simonson S. 8; RG. v. 2. 1. 82, 6. 6/2, v. 24. 1. 87, E. 15/359; Olshausen Anm. 12 II S. 236; Schwartz S. 149.

[100]) RG. v. 23. 2. 82, II v. 21. 3 24, E. 6/67, 58/93; Behge S. 76 u. s. Literatur.

[101]) RG. IV 1716/20 v. 26. 2. 21; IV 786/22 v. 2. 2. 23; III 269/23 v. 18. 6. 23.

[102]) a. a. O. S. 53.

[103]) And. A. Meves S. 340; Witte a. a. O. S. 9.

Immer aber müssen die Vorteile — wie dies auch allgemein anerkannt ist, in gewisser Unabhängigkeit von der Begehung des betreffenden Verbrechens stehen. Vorteile, die unmittelbar der Ausführung des gewünschten Delikts oder der Verheimlichung der Strafbarkeit des Verbrechens dienen oder die vom Erklärungsempfänger erst durch das Verbrechen selbst erzielt, also nicht für die Verbrechensverübung zugewendet werden, sind darunter nicht zu verstehen. Deshalb genügt auch nicht die Schilderung der Vorteile des Verbrechens als unmittelbar zu erringender oder durch Teilung zu erwerbender Gewinn [104]) oder das Versprechen, zur Flucht behilflich sein zu wollen. Handelt es sich z. B um eine Aufforderung zur Begehung oder Mitbegehung eines Verbrechens, so ist diese nicht an die Gewährung von Vorteilen geknüpft, wenn lediglich die Beteiligung an dem aus dem Verbrechen zu ziehenden Gewinn in Aussicht gestellt wird. Dieser Vorteil ist ja nicht vom Auffordernden oder eventuell seinen Hintermännern gewährt, sondern müßte vom Aufgeforderten und die Tat Begehenden selbst errungen werden. Der Vorteil muß also eine selbständige, von der Verbrechensbegehung vollständig unabhängige Natur haben [105]). In einer Entscheidung [106]) hat allerdings das Reichsgericht es für genügend erklärt, wenn in dem gesetzlichen Tatbestand des Delikts, zu welchem aufgefordert wurde, sich die Worte „gegen Entgelt" finden und so „Entgelt" versprochen wurde.

Kuhlmann [107]) verlangt ausdrücklich, daß es sich um solche Vorteile handelt, welche einerseits für den Empfänger auch ohne die Begehung des Verbrechens von Wert sind, andererseits aber auch nicht für den künftigen Täter erst aus der Begehung des Verbrechens selbst resultieren, denn, ist das Erfordernis, daß die Erklärung an die Gewährung von Vorteilen geknüpft sei, aufgestellt, weil diese Verknüpfung einen besonderen Anreiz zur Begehung der Tat bildet und deshalb einen gewissen Anhalt für die Ernstlichkeit der Erklärung gibt, so ist das nur möglich, wenn es sich um solche Vorteile handelt, welche dem künftigen Täter nicht schon so, nämlich schon durch die Begehung der Tat an sich zufallen würden [108]). Ebenso liegt beispielsweise kein

---

[104]) Frank Anm. II, 3 a.

[105]) Vgl. Behge S. 76 u. s. Literatur; RG. II v. 12. XI. 80, III v. 24. 1. 84, I v. 27. 7. 91, 29. 8. 99, IV v. 1. 5. 14, 2. 2. 23, II v. 21. 2. 24: E. 10/3; 22/94, 32/267, DStrZ. 1/619, E. 53/290, IV D 786/22 E. 58/93, E. 56/151; Lobe in L.K.; Merkel S. 151; Witte S. 38/39.

[106]) IV v. 22. 11. 95, E. 28 Nr. 7 S. 23.

[107]) a. a. O. S. 55.

[108]) So auch Simonson S. 10, jedoch nur für den Fall der Alleintäterschaft.

Vorteil vor, wenn das Entgelt lediglich den angemessenen Kaufpreis für das verkaufte Abtreibungsmittel darstellt[109]).

And. M. Stienen[110]), der in Besprechung des Urt. d. RG. v. 24. 1. 22 D 895/22 von einer unnötigen, im Gesetz, das vielmehr in Anlehnung an das belgische Gesetz von 1875 ausdrücklich nur „Vorteile irgendwelcher Art" verlangt, nicht enthaltenen Einschränkung spricht. Er fordert, ohne dies jedoch m. E. hinreichend zu begründen, daß das Merkmal des selbständigen und unabhängigen Vorteils im Interesse der Verbrechensbekämpfung fallen gelassen werde, da die begriffliche Notwendigkeit keineswegs verlange, daß der in Aussicht gestellte Vorteil eine selbständige Natur haben müsse. Es sei gleichgültig, woher die Vorteile stammen, es komme nur darauf an, daß dieses besondere Anreizmittel zur Anwendung gebracht werde. — Während bei der Aufforderung der Aufforderer die Vorteile geben oder versprechen muß, ist das Erbieten an die Gewährung von Vorteilen geknüpft, wenn der Sicherbietende selbst für Zulassung zum Verbrechen den Vorteil gewähren will[111]), eine Möglichkeit, die praktisch wohl wenig in Betracht kommen wird, wie auch besonders dann, wenn der Sicherbietende den Vorteil für sich verlangt[112]). Dagegen zum Teil Binding, der zu Unrecht den Wortlaut des Gesetzes entsprechend nur gelten lassen will, daß der sich Erbietende Vorteile heischen, wenn er strafbar werden soll, und der Annehmende sich auf Gewährung dieser Vorteile einlassen müsse. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Gewährende eine dritte Person ist, die, wenn mit Bewußtsein handelnd, Teilnehmer an dem Delikt des § 49 a wäre[113]). Die Aufforderung ist — ganz im Sinne der Entstehung und des Zwecks des Gesetzes — an die Gewährung von Vorteilen auch dann geknüpft, wenn solche nur in Aussicht gestellt oder versprochen sind, denn auch Versprechungen können auf den Willen des anderen einen ebenso großen Einfluß ausüben wie die Hingabe von Vorteilen. Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Versprechende sein Versprechen ernst gemeint hat[114]), daß er es halten kann oder will, und kann er es sogar — wie z. B. Frank[115]) glaubt — in dem Bewußtsein gegeben haben, die Erfüllung desselben sei unmöglich.

Es genügt, wenn das Anerbieten als ernstliches aufzufassen ist. Auch ist nicht erforderlich, daß der Verlangende ernstlich die Vorteile

---

[109]) RG. v. 18. 12. 13 (3 D 855/13).
[110]) JW. 53/1708.
[111]) RG. III. v. 21. 1. 95, E. 26/420.
[112]) RG. III v. 21. 1. 95, E. 26/420; Schwartz S. 149; Geyer 4 S. 158; Olshausen Anm. 16 S. 237; Kuhlmann S. 55.
[113]) RG. v. 2. 7. 80, E. 2/153; Schwartz S. 149.
[114]) Vgl. Kuhlmann S. 70 u. s. dort angeführte Literatur.
[115]) Das Strafrecht f. d. Dtsch. Reich S. 126.

verlangt, denn auch hier genügt es — die Generalprävention erfordert es —, daß sein Verlangen als ernstlich gewolltes aufgefaßt werden kann.

Wenn nun auch das Gesetz sagt, der Vorteil müsse „gewährt" werden, so bedeutet dieser Ausdruck also doch nicht die sofortige Realisierung — auch das Inaussichtstellen und Versprechen ist darunter zu verstehen — ebensowenig wie er eine objektive Sicherheit dafür gibt, daß der versprochene Vorteil überhaupt gegeben werde[116]). And. A. Kiesow-Zweigert[117]), welcher den Vorteil nur dann als „gewährt" ansieht, wenn die Zuwendung an den, für den sie bestimmt ist, auch erfolgt ist und ein bloßes Versprechen oder Inaussichtstellen nicht genügen läßt. Kuhlmann[118]) dagegen begnügt sich ebenfalls mit dem bloßen Versprechen, den Vorteil späterhin geben zu wollen, denn die Verknüpfung der Aufforderung an die Gewährung von Vorteilen setze nicht voraus, daß zugleich mit der Erklärung auch die den Vorteil darstellende Besserung der Lage bewirkt werde. Er verlangt aber, daß die in Aussicht gestellten Vorteile realisierbar sind, denn solche Verbesserungen, die sich nicht realisieren lassen, seien nicht als Vorteile anzusehen und würde die Vorstellung des Versprechenden, daß die versprochene Besserung der Verhältnisse nicht realisierbar sei, einen dem § 49a entsprechenden Vorsatz ausschließen, da dieserhalb keine wirklichen Vorteile mehr in Frage stehen würden. Andere[119]) wiederum anerkennen zwar, daß die Einwirkung des Vorteils auf einen andern von seiner Realisierbarkeit abhängt, jedoch dadurch sei keineswegs gesagt, daß die Absicht nur unter der Bedingung der Realisierung oder Realisierbarkeit des Vorteils für eine ernstliche gehalten werden dürfe.

Nicht wesentlich ist, ob der Aufgeforderte den gewährten Vorteil überhaupt als solchen ansieht. Ebenso wie der Vorteil seiner Art und Höhe nach, kann auch die Person, der er gewährt werden soll, absolut unbestimmt sein. Es muß also z. B. nicht etwa die Höhe der versprochenen Geldsumme genau angegeben werden[120]), das Versprechen, „etwas zu geben", genügt vollkommen. Es genügt auch, daß Aufforderer und Aufgeforderter sich darüber einig waren, die Begehung des Verbrechens solle nur gegen Gewährung eben des betreffenden Vorteils er-

---

[116]) Zustimmend: RG. I v. 25. 11. 80, E. 3/63; v. 24. 3. 87, E. 15/359; v. 24. 1. 84, E. 10/3; Lobe in L.K. S. 253; Behge S. 76/77; Meyer-A. S. 229; Ortloff in GS. 67 S. 233; Olshausen Anm. 16 II S. 237; Binding 2 S. 869; Frank S. 103 Anm 2 III a; Rüdorff-St. Anm. 11.

[117]) Gesetz zum Schutz der Republik S. 94.

[118]) Der § 49a StGB. S. 60.

[119]) Frank, Olshausen Anm. 12 S. 238; Oppenhoff Nr. 1.

[120]) RG. III 2. 7. 80, E. 2/153; I v. 2. 1. 82, 24. 3. 87, E. 6/2, 15/359; IV v. 18. 2. 96, E. 46/134. Vgl. Behge S. 77; Kuhlmann S. 61. And. A. v. Bar 2 S. 849.

folgen, nicht ist notwendig, daß die „Gewährung" des Vorteils mit ausdrücklichen Worten zugesichert wurde[121]).

Die korrespondierenden Annahmeerklärungen müssen sich auch auf die Gewährung der Vorteile, mit welchen das Erbieten oder die Aufforderung verbunden wurden, erstrecken. Wird beim Sicherbieten das Verlangen nach Vorteilen gestellt und das Erbieten zwar angenommen, die Gewährung von Vorteilen aber abgelehnt, so liegt es nicht im Sinne des Anbietenden, daß dann noch das Anerbieten gelten soll, denn gerade die Gewährung eines Vorteils ist eine Bedingung des Erbietens. Erfolgt das Anerbieten ohne Verlangen eines Vorteils nur mündlich, so ist dieses und die Annahme straflos. Das Ablehnen der Vorteile bedeutet somit eine Ablehnung des Anerbietens überhaupt, ist doch das Erbieten mit dem Verlangen nach Vorteilen hier unteilbar verbunden[122]).

Auch für die Annahme der Aufforderung erfordert die Mehrheit eine Annahme des Vorteils, und dies zu Recht, denn so entspricht es auch dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens, daß man ein Angebot nicht schlechthin als angenommen bezeichnet, wenn man in der Tat sich nur mit einzelnen, aber nicht allen Punkten des Angebots einverstanden erklärt[123]). Auch Binding[124]) — wie noch verschiedene andere[125]) — sieht die gleichwie erfolgende Annahme eines mündlichen Aufforderns oder Erbietens nur dann für strafbar an, wenn sie an die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft ist.

And. A. Lobe[126]), der zur Strafbarkeit der mündlichen Aufforderung nicht auch die Annahme der damit verknüpften Vorteile verlangt. Auch wenn letztere zurückgewiesen werden, bleibe die Aufforderung als solche strafbar, und mehr als das Vorliegen einer strafbaren Aufforderung, werde zu deren Annahme nicht erfordert. Es sei nicht anzunehmen, daß sie als nicht gestellt gelten soll, wenn sie nicht an die Gewährung von Vorteilen geknüpft sei[127]).

Während also § 49a des geltenden Rechts das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern oder Erbieten sowie die Annahme eines solchen

---

[121]) RG. IV v. 20. 12. 12, I v. 13. 6. 22: E. 46/400; JW. 52/374.

[122]) Gl. Ansicht u. a. Lobe in L.K. S. 254; Kuhlmann S. 62, der wieder auf Meyer-A. S. 229 verweist.

[123]) Kuhlmann S. 63.

[124]) Lehrb. 2 S. 868/69.

[125]) Geyer in H.H. IV S. 160; Olshausen S. 238; Schwartze, SächsGZ. 21 S. 19; Ortloff in GS. 67 S. 233; Simonson Anm. 5; Meyer-A. Nr. 16.

[126]) Lobe in L.K. S. 253.

[127]) So auch Schwartz S. 149; Allfeld S. 229, welche besonders betonen, daß die Annahme nicht dadurch zur Ablehnung werde, daß die Aufforderung angenommen, die Vorteile aber zurückgewiesen werden.

nur bestraft, wenn das Auffordern oder Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgendwelcher Art geknüpft worden ist, sieht der neue Entwurf von einer solchen Einschränkung, von einem solchen im Strafrecht durchaus unangebrachten Formalismus ab.

Diese Einschränkung soll verhüten, daß gelegentliche unüberlegte Äußerungen, denen ein wirklicher ernstlicher Wille nicht zugrunde liegt, Strafe nach sich ziehen, erreicht jedoch ihren Zweck nicht, denn auch schriftliche Äußerungen können aus einer augenblicklichen Gemütserregung heraus, aus Momenten der Eifersucht, des Hasses, der Rache nicht ernstlich gemeint und ohne die nötige Überlegung zustande gekommen sein. Auch bedeutet die Tatsache, daß eine mündliche Aufforderung an die Gewährung von Vorteilen geknüpft worden ist, absolut nicht immer einen sicheren Beweis für die Ernstlichkeit der Aufforderung; sie wird aber bestraft, während andererseits eine oft viel wirksamere Aufforderung als die schriftliche oder einen besonderen Vorteil gewährende oder versprechende, z. B. eine solche, die dem Täter die Mittel an die Hand gibt, an sich nicht strafbar ist, einzig und allein deshalb, weil sie „lediglich mündlich" und nicht mit der Gewährung von Vorteilen verbunden ist, mag sie auch noch so reiflich überlegt und wirklich verbrecherischer Gesinnung entsprungen sein. Dasselbe gilt für das Erbieten. Wer sich selbst gegen Sold erbietet, ist weiter von der Tat entfernt als derjenige, der sich Instrumente zur Begehung der Tat verschafft, die Gelegenheit auskundschaftet, jener aber wird bestraft, dieser nicht[128]).

Auch in kriminalpolitischer Hinsicht ist die Streichung des dritten Absatzes zu begrüßen, denn dadurch, daß das Gesetz von den an sich möglichen Arten der Aufforderung und des Erbietens nur einzelne bestimmte herausnimmt und nur sie für strafbar erklärt, für die übrigen Arten aber sozusagen ein privilegium odiosum gewährt, gibt es dem Verbrecher geradezu eine Anweisung dafür, wie er es anfangen muß, wenn er seine verbrecherischen Pläne auf vielleicht gleich wirksame Weise, aber ungestraft vorbereiten will. Die Einschränkung ist somit irreführend, sie ist aber auch vollkommen entbehrlich, da sich der Ausschluß nicht ernst gemeinter Äußerungen schon aus allgemeinen Grundsätzen ergibt, denn die Beurteilung der Ernstlichkeit des Willens der versuchten Einwirkung auf einen anderen kann — wie Feststellung ebenso schwierig zu beurteilender innerer Tatsachen — dem Ermessen des Richters überlassen werden.

Aus allen diesen Gründen fehlen daher im neuen Entwurf die bisherigen Erfordernisse der Schriftlichkeit und der Vorteilsgewährung

---

[128]) v. Bar II S. 844.

und sind sie als Tatbestandsmerkmale nicht mehr aufgenommen. Es sind eben die äußeren Formen, in denen die Anstiftung auftritt, so unendlich mannigfaltig wie die Äußerungen des geistigen Lebens überhaupt und darum nicht in einige abgezogene Kategorien zu zwängen. Vielmehr liegt in jedem konkreten Fall der Schwerpunkt darin, nachzuweisen, daß wirklich der Absicht des „Anstifters" entsprechend, seine Einwirkung mindestens eines der Motive geworden ist, welche den Täter zu dem Verbrechen bestimmten. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang eine Ergänzung des Strafgesetzbuches, § 25 des früheren Ges. z. Schutze d. Republik — § 49 b StGB. Verabredung zum Morde betreffend. Diese kann ja nach geltendem Recht bereits unter dem Gesichtspunkt des § 49 a StGB. strafrechtlich erfaßt werden. Der Tatbestand des § 49 a läßt nun aber insofern eine Lücke, als er nur eingreift, wenn der, welcher den Anstoß zu der Verabredung gegeben hat, sich dabei der Schriftform bedient oder seine Anregung an die Gewährung irgendwelcher Vorteile geknüpft hat. Diese Lücke sollte § 49 b für den Mord schließen und er lehnte sich insofern gedanklich an § 49 a an. Nach dem Entwurf von 1927 ist diese inzwischen aufgehobene Bestimmung des § 49 b — 25 RepSchG., wie oben in anderer Hinsicht dargelegt, hinfällig geworden.

II. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der §§ 49 a und 196.

1. Die Zurechnungsfähigkeit der Beteiligten.

Ein Unzurechnungsfähiger, welcher sich zu einem Verbrechen erbietet oder die Aufforderung, ein Verbrechen zu begehen, annimmt, ist stets straflos, seine Bestrafung kann nie eintreten.

Dies ist allgemein herrschende Ansicht, umstritten dagegen ist, ob die Strafbarkeit des Auffordernden oder des das Erbieten Annehmenden entfällt, wenn die für die Verbrechensverübung in Aussicht genommenen Personen unzurechnungsfähig sind, oder aber ob letztere gestraft werden können, wenn erstere deliktsunfähig sind. Herrschende Ansicht ist, daß Aufforderung und Erbieten sich nur an einen Zurechnungsfähigen richten und auch nur von einem solchen ausgehen können. Wer von den zwei Beteiligten unzurechnungsfähig ist — § 51 StGB. —, bleibt straflos, auf seiner Seite liegt keine strafbare Handlung vor.

Olshausen[1]) dagegen hält nicht für notwendig, daß der Aufgeforderte oder der, an den das Erbieten sich richtet, zurechnungs-

[1]) Komm. S. 238.

fähig sei, erforderlich sei nur, daß sie von der Aufforderung bzw. dem Erbieten Kenntnis zu nehmen imstande seien, denn § 49a werde schon erfüllt durch die einseitige Tätigkeit des Auffordernden bzw. Sicherbietenden [2]).

Binding [3]), welcher der Meinung ist, daß man zwar nur einen Zurechnungsfähigen anstiften kann, daß hier aber das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit zu Ergebnissen führt, die ungerecht wie unvernünftig dem Willen des Rechts widersprechen, ist denn auch derselben Ansicht, denn wenn der unzurechnungsfähige Aufgeforderte — der Irrende, der Wahnsinnige — auch nicht delinquieren kann, so kann er doch die verletzenden oder gefährdenden Taten verüben, auf deren Hintanhaltung der Rechtsordnung alles ankommt, um so mehr als der Unzurechnungsfähige oft viel weniger widerstandsfähig ist, einer Aufforderung also viel leichter zum Opfer fallen kann.

Olshausen [4]) bemerkt dazu weiter, der Zweck des § 49a StGB., in dem jede ausdrückliche Äußerung über die geistige Beschaffenheit fehlt, verlange seine Anwendung, selbst wenn der Auffordernde weiß, daß der Aufgeforderte unzurechnungsfähig ist, schon allein auch aus dem Grund, daß, wenn der aufgeforderte Unzurechnungsfähige der Aufforderung Folge leistet, ein Verbrechen begangen wird, als dessen mittelbarer Täter der Auffordernde erscheint. Die gleichen Gründe führten auch dazu, den § 49a auf die Annahme der Aufforderung oder des Erbietens anzuwenden, das von einem Unzurechnungsfähigen ausgeht, einerlei ob der Annehmende die Unzurechnungsfähigkeit des Auffordernden oder Sicherbietenden kannte oder nicht [5]).

And. M. Lobe [6]), welcher — obwohl nach seiner Ansicht bestehende Geisteskrankheit oder Strafunmündigkeit eines Aufgeforderten es nicht hindert, daß eine Aufforderung an ihn als abgegeben gilt — eine Aufforderung zu einem Verbrechen nur dann als gegeben ansieht, wenn der Auffordernde diese die Schuldseiten des Aufgeforderten und damit die Begehung eines Delikts ausschließenden Eigenschaften nicht kennt und seiner Vorstellung nach die Tat von einem Zurechnungsfähigen begangen werden sollte. Auch bezüglich der Strafbarkeit des Erbietens hält er die gewöhnlichen Voraussetzungen der Strafzurechnungsfähigkeit für erforderlich.

Wieder andere [7]) bestrafen den Aufforderer, der sich bewußt an

---

[2]) RG. v. 21. 5. 13, E. 47/230.
[3]) Lehrb. 2 S. 869.
[4]) Komm. S. 238.
[5]) Frank Anm. II zu § 49a.
[6]) L.K. S. 252.
[7]) z. B. v. Bar II S. 844.

eine unzurechnungsfähige Person wendet, als mittelbaren Täter und lassen ihn eventuell wegen Versuchs straffällig werden, während sie den Aufforderer, der den Aufgeforderten irrtümlich für zurechnungsfähig hält, nicht für strafbar ansehen, da es sich hier um einen nicht strafbaren Versuch des Vergehens des § 49a handelt. Bestimmt A den Unzurechnungsfähigen B, daß er den C aus einem aufzusuchenden Hinterhalt töte, so hat A mit dem Fortschicken des B sich bereits schuldig gemacht, nicht bloß nach § 49a, denn der Unzurechnungsfähige begeht durch die Ausführung seinerseits kein Verbrechen, sondern als Täter eines Tötungsversuches[8]). Es wäre ungerecht, sagt Binding[9]), das Strafgesetz auf die Aufforderung des Zurechnungsfähigen zu beschränken, weil bei ihr der Aufforderer lediglich eine fremde Täterschaft auslösen möchte, während mit der Aufforderung des Unzurechnungsfähigen der Auffordernde die Vorbereitung eigener Täterschaft bewirken, sich also schwerer, jedenfalls nicht leichter verfehlen würde. Dieser Ansicht Bindings ist im allgemeinen m. E. beizutreten.

Der § 49a stellt die nackte Tatsache des Aufforderns, Erbietens und die Annahme beider unter Strafe. Mit der Kundgabe des ernstlichen Willens ohne Rücksicht auf irgendwelchen Erfolg wird der Tatbestand des § 49a völlig erfüllt; die Strafbarkeit erfüllt sich ausschließlich in der Person des Auffordernden. Durch die Annahme der Aufforderung oder des Erbietens wird dann der Annehmende selbst des Vergehens aus § 49a schuldig. Es ist die Annahme der Aufforderung oder des Erbietens Tatbestandsmerkmal der Tat des Annehmenden und nicht der des Auffordernden oder des Erbietenden und somit ist es völlig gleichgültig, ob die Aufforderung und das Erbieten sich an einen Unzurechnungsfähigen richtet[10]).

Beide, Auffordernder und Sicherbietender, haften für eigene Schuld und eigene Verantwortlichkeit. Behge[11]), der auch auf die zustimmende Ansicht Franks verweist, hält zutreffend auch den Annehmenden für strafbar, wenn Aufforderung oder Erbieten von einem Unzurechnungsfähigen ausgegangen sind.

Dagegen beantwortet wiederum Schwartz[12]) die Frage, ob auch der zurechnungsfähige Beteiligte straflos sei, wenn der andere Teil unzurechnungsfähig ist, im bejahenden Sinne — er mißt also dem Vorliegen der Tatbestände der §§ 51 oder 55 materiell straf-

---

[8]) Köhler, Dtsch. Strafrecht S. 449.
[9]) a. a. O. 2 S. 860.
[10]) Vgl. hierzu zustimmend Behge a. a. O. S. 55/57.
[11]) a. a. O. S. 57.
[12]) Das StGB. f. d. Dtsch. Reich S. 148/49.

ausschließende Bedeutung zu[13]) und sieht darin nicht nur einen prozessualen Hinderungsgrund der Strafverfolgung — denn ist der Auffordernde unzurechnungsfähig, so liegt nicht bloß kein ernstliches, sondern überhaupt kein Auffordern oder Erbieten vor und ist demnach auch keine Annahme möglich; ist dagegen der Aufgeforderte usw. unzurechnungsfähig, so kann er die Aufforderung, das Erbieten überhaupt nicht empfangen. Es fehlt somit die Gefahr einer der Rechtsordnung gefährlichen Verbindung mehrerer in bezug auf die Ausführung einer schweren Rechtsverletzung, welche gerade den Tatbeständen des § 49a eigentümlich und für sie charakteristisch ist.

Liszt[14]) sieht den Grund in dem gegenseitigen Bedingungsverhältnisse zwischen Auffordern und Erbieten einerseits, Annahme andererseits[15]).

Auch v. Bar[16]), welcher ebenfalls verlangt, daß Aufforderung und Erbieten ebenso wie dies auch bei der Anstiftung des Fall sei, an eine zurechnungsfähige Person gerichtet werden, hält den, der sich einem Zurechnungsunfähigen gegenüber zur Begehung eines Verbrechens erbietet, nicht für straffällig[17]), ebensowenig, wie er die Annahme einer von einem Unzurechnungsfähigen ausgehenden Aufforderung oder eines Erbietens auf Grund des § 49a bestrafen will. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, welches nur von der Annahme einer „solchen Aufforderung" bzw. eines „solchen Erbietens" spricht, also nur eine ernstliche Aufforderung und ein ebensolches Erbieten mit Strafe bedroht, demnach nur einen Zurechnungsfähigen treffen könne, denn ein anderer sei zur Fassung einer „solchen" Willenserklärung nicht imstande. Wisse der Auffordernde, daß er sich an eine zurechnungsunfähige Person wendet, so wirke er als mittelbarer Täter und könne wegen Versuchs strafbar sein. Halte dagegen der Auffordernde den Aufgeforderten irrtümlich für zurechnungsfähig, so liege ein nicht strafbarer Versuch des Vergehens des § 49a vor.

Auch Kuhlmann[18]), welcher sich auch an die Begründungen, welche v. Bar und Liszt geben, anlehnt, verlangt sowohl auf seiten

---

[13]) So auch Frank Nr. II, 1; v. Liszt S. 807; Mayer-A., Oppenhoff-Delius.

[14]) Lehrbuch S. 807.

[15]) And. A. RG. v. 21. 5. 13, E. 47/230; Allfeld S. 229; J. Goldschmidt in JW. 45 S. 54; Bisoukides S. 20, dessen Ansicht nach ein großer Unterschied zwischen Anstiftung und Aufforderung sich darin zeige, daß man nur zurechnungsfähige Personen anstiften, während man zu objektiv rechtswidrigen Handlungen auch Unzurechnungsfähige auffordern kann.

[16]) Lehrb. 2 S. 848.

[17]) So Meves § 49a III, 3 S. 334.

[18]) Der § 49a RStGB. S. 44/45.

des Erklärenden wie auch auf seiten des Adressaten für die Strafbarkeit Zurechnungsfähigkeit der beiden jeweils beteiligten Parteien, denn wenn auch bei Abgabe einer an sich dem § 49a entsprechenden Erklärung an einen Unzurechnungsfähigen es vielleicht nicht an einer Gefahr für das betreffende Rechtsgut fehle, so mangelt doch seiner Ansicht nach bei einem solchen Tatbestande vor allem das Charakteristikum des § 49a; eine auf dem geistigen Konnex zwischen sich und dam anderen aufbauende präparatorische Tätigkeit entwickle sich nicht. Außerdem könne ein Unzurechnungsfähiger überhaupt kein Verbrechen begehen, es entspreche also weder eine Aufforderung noch ein Erbieten eines Unzurechnungsfähigen den Erfordernissen des § 49a, welcher gerade die Begehung eines Verbrechens verlangt.

Wie man im Sinne des Entwurfs jemand zu einer strafbaren Handlung anstiften kann, so kann man auch im Sinne des § 196 gegensätzlich zur jetzt herrschenden Ansicht jemand zu einem Verbrechen zu verleiten suchen, der, wenn er die Tat ausführt, selbst wegen Unzurechnungsfähigkeit nicht strafbar wäre, wobei nach § 13 I des Entwurfs unzurechnungsfähig ist, wer zur Zeit der Tat wegen Bewußtseinsstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geistesschwäche unfähig ist, das Unrechtmäßige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Wenn die Fähigkeit zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe wesentlich vermindert ist, so kann die Strafe nach den Grundsätzen des § 73 des Entwurfs gemildert werden. Der „Auffordernde" ist also auch dann strafbar, wenn bei dem Aufgeforderten die Schuld (der subjektive Tatbestand) fehlt, er also unzurechnungsfähig ist.

2. Der Vorsatz der Beteiligten.

Vorsatz ist der mit dem Bewußtsein rechtlich Unerlaubtes zu tun „verbundene Wille", die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes zu verwirklichen [19]). Zum Vorsatz gehört [20]):

1. Die Vorstellung der objektiven Merkmale des Verbrechens, auf die sich die Vollendung erstrecken muß, gleichviel ob sie zum Tatbestand an sich gehören oder als erschwerende Umstände in Betracht kommen.

2. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des eigenen Tuns (bestr.!).

3. Der Wille, die Verbrechensmerkmale zu verwirklichen, insbesondere den dazu gehörigen Erfolg herbeizuführen.

---

[19]) Allfeld, Lehrb. § 25 S. 139 ff.
[20]) Siehe Behge, Diss. S. 59.

Während dem Vorsatz, welcher sich auf sämtliche Tatbestandsmerkmale beziehen muß, gemeinsam ist das Erfordernis der Kenntnis der die Verbrechenseigenschaften begründenden Tatsachen sowie wohl auch das Bewußtsein von der Rechtswidrigkeit des Handelns — der Erklärende muß also die tatsächlichen Umstände kennen, welche, als von dem Aufgeforderten oder dem Sicherbietenden realisiert gedacht, den Tatbestand einer mit Verbrechensstrafe bedrohten Handlung erfüllen —, ist um so grundsätzlicher verschieden der Wille der Beteiligten in bezug auf den herbeizuführenden Erfolg.

Ob allerdings zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auch gehört, ist teilweise sehr bestritten [21]) und führte das Fehlen des Merkmals der Rechtswidrigkeit als selbständiges Erfordernis in den meisten Tatbeständen des Strafrechts dazu, daß eine Mehrheit von Schriftstellern den Rechtssirrtum für unentschuldbar hält [22]), während die Minderheit der Ansicht ist, daß von einer strafbaren Handlung keine Rede sein könne, wenn der Wille des Täters infolge eines Rechtsirrtums nicht schuldhaft erscheine. So nimmt z. B. das Reichsgericht an, daß nur die irrtümliche Annahme von Tatsachen, deren Vorliegen die Rechtswidrigkeit beseitigen würde, den Vorsatz ausschließe, während es im übrigen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nur in den Fällen verlangt, in welchen das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand eines Delikts aufgenommen ist.

Der Auffordernde und der die Aufforderung Annehmende, der Sicherbietende und der das Erbieten Annehmende wollen jeder für sich einen bestimmten Erfolg herbeiführen, welcher — wie oben ausgeführt — eingetreten ist mit der ernstlichen Äußerung des verbrecherischen Willens. Die Aufforderung wie auch das Erbieten muß vorsätzlich erfolgen, ebenso wie auch die Handlung, zu welcher aufgefordert bzw. erboten ist, was sich schon daraus ergibt, daß es eine fahrlässige Begehung nicht gibt, wie auch Verbrechen, deren Tatbestandsmerkmale unabhängig von dem Willen des Täters durch den Eintritt eines nicht beabsichtigten Erfolges hergestellt werden, aus demselben Grunde Gegenstand des Vergehens aus § 49 a nicht sein und dem Auffordernden nicht zugerechnet werden können. Es kommt hier eben nicht wie bei der Anstiftung der durch die Handlung erzielte Erfolg in Betracht [23]).

Ebenso sind auch Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen und dadurch die Tat zum Verbrechen stempeln, für die Beurteilung der Tat

---

[21]) Siehe Allfeld S. 142 Anm. 9 u. s. dort angef. Literatur.

[22]) z. B. Behge a. a. O. S. 62.

[23]) Zustimmend Schwartz S. 149; Olshausen § 49a Nr. 8 S. 236; Haeger S. 26; Meves S. 334; Lobe in L.K. S. 252.

außer acht zu lassen, wenn der Täter sie nicht kannte, sein Vorsatz sie demnach nicht mitumfaßte.

Der Vorsatz des Auffordernden besteht in dem Willen, den Aufgeforderten zu einer bestimmten Tat, welche sich als Verbrechen darstellt, zu veranlassen oder ihn in seinem bereits gefaßten Entschluß zu bestärken oder, wie Kuhlmann[24]), der sich auch hier wieder mit Liszt und Binding auseinandersetzt, sagt, ein Verhalten einzuschlagen, welches eine auf die Begehung des Verbrechens hinzielende Tendenz in sich birgt, wobei dem Aufforderer die Annahme innewohnen muß, daß dem Aufgeforderten die Ausführung der Tat möglich und dieser dazu auch gegebenenfalls gewillt sei; wenn für den Auffordernden die Gewißheit besteht, daß der Aufgeforderte die Tat nicht ausführen könne oder wolle, so kann von einer Aufforderung im Sinne des § 49 a nicht gesprochen werden[25]). Der Auffordernde muß vielmehr der bestimmten Meinung sein, die von ihm zwecks Ausführung des Verbrechens geäußerte intellektuelle Tätigkeit werde hierfür sich wirksam erweisen[26]), wenngleich an sich es absolut nicht notwendig ist, daß die Aufforderung von Erfolg war, und auch ein bereits zur Verübung der Tat Entschlossener wie auch ein jeder Beeinflussung völlig Unzugänglicher strafbar aufgefordert werden kann[27]). Maßgebend ist die vorgestellte Tat. Es kommt nicht darauf an, wie die Tat sich gegebenenfalls gestaltet haben würde, wenn der Auffordernde Erfolg gehabt hätte, sondern allein darauf kommt es an, wie sich die Tat, auf die sich das Verlangen des Auffordernden richtet, nach dem in der Erklärung zum Ausdruck gebrachten Wunsch und Willen gestalten sollte.

Der Vorsatz des Erklärenden muß sich erstrecken auf den genannten Tatbestand des Verbrechens sowohl nach der subjektiven wie objektiven Seite. Der Auffordernde muß sich also die Tat so vorstellen, daß diese äußeren und inneren Tatbestandsmerkmale — selbst wenn er sie rechtlich anders einschätzt — den Begriff des Tatbestandes eines Verbrechens ergeben, wobei es sich allerdings wieder nicht um Tatbestände handeln darf, welche erst durch einen nicht gewollten Erfolg zu „Verbrechen" werden, es müßte sich doch sonst der Vorsatz auch auf den qualifizierenden Erfolg beziehen. Die Handlung muß also,

---

[24]) Der § 49 a StGB. S. 67.

[25]) RGSt. 57/171.

[26]) Olshausen S. 236; RG. I v. 24. 3. 87, E. 15/359; v. Bar 2 S. 845.

[27]) Siehe hierzu RGSt. 8/229; Lobe in L.K. S. 252; Olshausen S. 236: insofern ist auch der Mischtatbestand des § 49 a von der vorsätzlichen Anstiftung wesentlich verschieden; Frank Nr. II, 2b; RG. 52, 84; Schwartz Anm. 5b; Wachenfeld S. 550 Anm. 2.

im Falle sie sich nach Meinung des Auffordernden vollziehen würde, den Tatbestand eines Verbrechens darstellen[28]). Daher ist es auch bei der Aufforderung zur Teilnahme an einem Verbrechen nicht erforderlich, daß der als Haupttäter in Betracht kommende Dritte die Begehung des Verbrechens beabsichtige, wenn nur der Vorsatz des Auffordernden dahin geht, daß der Aufgeforderte an einem Verbrechen sich beteilige, das nach dem Willen des Aufforderers begangen werden soll[29]).

Wie oben ausgeführt, ist der Vorsatz des Auffordernden gerichtet auf Herbeiführung der Handlung, wie diese durch die Tätigkeit des Aufgeforderten in unmittelbare Erscheinung tritt; die Handlung des Aufgeforderten seinerseits ist gerichtet auf den eben durch die betreffende Handlung zu erzielenden Erfolg. Eine Aufforderung zu dem Versuche eines Verbrechens in dem Sinne, daß die Absicht des Auffordernden nur auf die Begehung eines Versuches seitens des Aufgeforderten gerichtet war, ist daher unmöglich, denn der Auffordernde kann, wenn er in dem Aufgeforderten den Entschluß zur Begehung des Verbrechens hervorgerufen hat, nicht zugleich geltend machen, daß er einen Teil des durch die Aufforderung in Erscheinung tretenden dolus nicht habe.

Beim Sicherbieten zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen, das den Fall voraussetzt, daß der andere, dem gegenüber man sich erbietet, den Sicherbietenden noch nicht selbst zur Verbrechensbegehung aufgefordert hat, da andernfalls das Erbieten mit der Annahme der Aufforderung zusammenfallen würde, gehört ebenfalls zum Vorsatz, daß das Anerbieten vom anderen als ein ernstliches aufgefaßt werden soll und geeignet ist, als solches aufgefaßt zu werden. Es muß daher die angebotene Tat, so wie sie erklärt wird, ein Verbrechen sein und ist dies auch dann möglich, wenn sie tatsächlich nicht ausführbar ist, sofern dies nur nicht aus der Erklärung hervorgeht[30]).

Die Annahme des Erbietens erfordert als Vorsatz, daß das angenommene Erbieten als geeignet angesehen wird, den Tatbestand eines Verbrechens zu verwirklichen, und muß der Annehmende das Angebot der Tat so verstanden haben, wie es erfolgt ist. Mißverstand er es, erkannte er z. B. nicht den Qualifikationsgrund des Einbruchs beim Diebstahl, so liegt der Tatbestand eines Verbrechens nicht vor, desgleichen ebensowenig — wie auch Olshausen annimmt[31]) —, wenn er ein

[28]) RG. v. 16. 4. 83, 24. 3. 87, 24. 10. 04, 13. 4. 22: E. 8/229, 15/359, G. 52/84, JW. 52/374.
[29]) RG. in DStZ. S. 532.
[30]) RGSt. 8/198, 17/158, 34/217; Rspr. 6/535.
[31]) a. a. O. Anm. 9 zu § 49 a S. 236.

Tatbestandsmerkmal irrtümlich als angeboten auffaßte und mit diesem Merkmal das Angebot aufnahm. Nicht von Bedeutung dagegen ist, ob derjenige, welcher das Erbieten annimmt, den anderen in seinem Vorsatz bestärken will oder nicht.

Auch nach dem „Entwurf von 1927" ist sehr richtig das Verleiten und Erbieten zu einem Verbrechen sowie die Annahme bzw. das Bereiterklären dazu nur strafbar, wenn dies vorsätzlich geschehen, da § 16 II, III des Entwurfs zur Strafbarkeit — wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt — vorsätzliches Handeln erforderlich und fahrlässiges Handeln nur dann strafbar ist, wenn es das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht.

Was der Entwurf als „Vorsatz" ansieht, sagt § 17 des Entwurfs. Darnach handelt vorsätzlich, wer den Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklicht oder die Verwirklichung zwar nur für möglich hält, jedoch für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist. Nicht dagegen wird wegen vorsätzlicher Begehung bestraft, wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen oder sie straffrei machen würde. Entschuldbarer Rechtsirrtum, welcher dem vorsätzlich handelnden Täter das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt, macht ihn straffrei. Bei nicht entschuldbarem Irrtum kann die Strafe gemildert werden. Schließt das öffentliche oder bürgerliche Recht die Rechtswidrigkeit aus, so liegt eine strafbare Handlung nicht vor. Letztere Vorschriften — Rechtsirrtum, Ausschluß der Rechtswidrigkeit — fehlen im geltenden Recht.

Durch die Einstellung des § 196 in den Besonderen Teil und die hierdurch betonte Selbständigkeit der einzelnen Handlungen wird der an sich notwendige Zusammenhang mit den Bestimmungen der Teilnahme zerrissen.

3. Die Ernstlichkeit des Willens der Beteiligten.

Ein weiteres subjektives Merkmal der strafbaren Aufforderung, des Erbietens und deren Annahme ist der ernstliche auf die verbrecherische Tätigkeit gereichtete Wille der Beteiligten. Aufforderung und Erbieten müssen, um strafbar zu sein, ernstlich auf die Verübung des Verbrechens gerichtet sein. Eine nicht ernstlich gemeinte Aufforderung ist selbst dann nicht strafbar, wenn der Aufgeforderte sie für ernstlich gemeint hält[32]). Hat der Auffordernde nicht den Willen, daß der Aufgeforderte das Verbrechen, wozu er auffordert, begehe oder fehlt

[32]) RG. v. 31. 3. 80, E. 1/338.

es dem Sicherbietenden an dem Willen, das Verbrechen, wozu er sich erbietet, selbst zu begehen, so ist eben der Erfolg nicht gewollt, es liegt in Wahrheit eine Aufforderung oder ein Erbieten nicht vor. Es genügt also nach der herrschenden Meinung [33]) nicht, daß das nicht ernstlich gemeinte Auffordern oder Erbieten nach der Absicht des Täters den Eindruck der Ernstlichkeit hervorrufen sollte [34]), noch viel weniger, daß es nach den Umständen als ernstlich aufgefaßt werden könnte [35]).

v. Bar z. B. weist besonders richtig darauf hin, daß sich dieses Erfordernis der Ernstlichkeit der Willenserklärung — das auch vollkommen den allgemeinen Grundsätzen entspricht — schon aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt, waren sich doch über das Erfordernis der Ernstlichkeit sowohl die betreffende Reichstagskommission als auch der Bundeskommissar völlig einig [36]).

Auch Kuhlmann [37]) fordert, m. E. mit vollem Recht, daß in allen Fällen die Erklärung ernstlich gemeint sei, denn die Delikte des § 49a seien durch die Tendenz gekennzeichnet, den deliktischen Erfolg herbeizuführen, und müsse dementsprechend die Absicht der Erklärenden ernstlich darauf gerichtet sein, ein Verhalten einzuschlagen, welches eine auf die Begehung des Verbrechens hinzielende Tendenz in sich birgt, d. h. der Auffordernde und der das Erbieten Annehmende müssen den anderen zur Tat bestimmen wollen. Ebenso muß der die Aufforderung Annehmende und der Sicherbietende die eigene Begehung herbeiführen wollen; er muß selbst zur Tat entschlossen sein.

Im Gegensatz dazu sieht es Lobe als gleichgültig an, ob der Auffordernde das betreffende Tun des Aufgeforderten in Wirklichkeit ernstlich wünscht oder nicht, es genüge das Bewußtsein, daß sein erklärtes Verhalten als ein ernstliches von dem, der die Aufforderung wahrnimmt, aufgefaßt werden kann und diese Auffassung als Erfolg der Erklärung gewollt wird. Desgleichen läßt es Lobe bezüglich des Erbietens genügen, wenn die Erklärung zum Inhalt hat ein anscheinend

---

[33]) RG. v. 31. 3. 80, IV v. 20. 12. 87, I v. 7. 5. 94, III v. 19. 6. 03, I v. 24. 10. 04, IV v. 13. 12. 10, I v. 16. 2. 23, II v. 10. 12. 25: E. 1/338, R. 9/743, G. 42/122, JW. 33/13, G. 52/84, E. 44/172, 57/244, 60/24; Olshausen Anm. 3a S. 236; Mayer-A. S. 228; Behge S. 69; Hälschner I S. 411; Oppenhoff-D. Nr. 14; Kuhlmann S. 67; Liszt S. 568; Frank Anm. III; Oetker in JW. 52 S. 374; Rüdorff-St. Anm. 9, 10.

[34]) And. M. Reiffel in GS. 42 S. 175 ff.; Binding 2 S. 862, 867; Lobe in L.K. S. 250.

[35]) And. M. Singewald, agent provoc. S. 11.

[36]) Stenogr. Berichte d. Dtsch. Reichstags 1875/76 III S. 479. So auch Haeger S. 31 ff.

[37]) a. a. O. S. 65.

ernstliches Erbieten, und nehme der innere gegenteilige Wille, das Verbrechen nicht auszuführen, die bloße Vorspiegelung eines solchen ernstlichen Willens dem Erbieten nicht seine Eigenschaft nach § 49a [38]). Ebenso Binding, dem gleichfalls die Ernstlichkeit „zu scharf betont ist" und welcher ebenfalls dem ernstlich gemeinten Auffordern und Erbieten dasjenige gleichstellen will, das nach des Täters Absicht nur den Eindruck der Ernsthaftigkeit machen, nur den Schein des Ernstes an sich tragen soll. Auch über die Frage nach der Strafbarkeit des agent provacateur, welcher einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert oder sich einem anderen gegenüber erbietet, gehen demgemäß die Ansichten auseinander.

Die ernstliche Annahme eines nicht ernstlich gemeinten Aufforderns oder Erbietens wird von einem großen Teil nicht für strafbar angesehen [39]).

Sie verlangen — wie v. Bar [40]) dies ausdrückt — „Ernstlichkeit nur auf seiten desjenigen, von dem die Initiative ausgeht" und stützen sich dabei u. a. besonders auf den Wortlaut des Gesetzes: „Wer ein solches Erbieten", „wer eine solche Aufforderung annimmt", womit das Gesetz ersichtlich die Annahme von Erklärungen, wie es sie jeweils zuvor unter Strafe gestellt hat, meine, verweise doch das Wort „ein solches Erbieten" usw. auf den vorhergehenden Satz als auf seine Erläuterung und Ergänzung. Dagegen will Haeger [41]) dem Worte „solche" nicht eine so weitgehende Bedeutung zuerkennen, denn der Ausdruck „ein solches" beziehe sich nur auf den Gegenstand des Aufforderns oder Erbietens, nicht dagegen auf das, was unverkennbar von außen etwa im Innern des anscheinend ernstlich Sicherbietenden vorgeht. Dennoch neigt auch er derselben Ansicht zu. Da ein nicht ernstliches Auffordern oder Erbieten überhaupt kein „Auffordern" oder „Erbieten" im Sinne des § 49a sei, so sei auch ein Eingehen darauf keine „Annahme einer Aufforderung", keine „Annahme eines Erbietens". Also mangelt ein Begriffsmerkmal des objektiven Tatbestandes und müsse deshalb Straflosigkeit eintreten. Wenn auch die Annahme eines nicht ernstlich gemeinten, aber für ernstlich gehaltenen Erbietens noch so verwerflich sei, die moralische Würdigung dürfe nicht den Ausschlag geben, wo die juristischen Unterlagen der Interpretation bekannt und gegeben sind, diese aber eine andere Deutung als die angeführte nicht zulassen.

---

[38]) And. M. RG. v. 1. 3. 12 (4 D 126/12).

[39]) RG. I v. 7. 5. 94, E. 42/122; v. Liszt S. 807; Behge S. 69/70; Witte S. 30.

[40]) a. a. O. S. 845.

[41]) Die Stellung des § 49a S. 39 ff. So auch Reiffel in GS. S. 181.

So auch Kuhlmann[42]), jedoch ebenso wie Behge[43]) selbst schon wieder mit einer gewissen, m. E. sehr berechtigten, Unsicherheit bezüglich der ernstlichen Annahme eines nicht ernstlich gemeinten Aufforderns mit Rücksicht auf die eventuell dadurch entstehende Gefahr der Ausführung eines Verbrechens seitens des Annehmenden, wenngleich er u. a. bemerkt, daß jede Möglichkeit eines geistigen Konnexes und damit das Moment der Gefährdung fehle, wenn eine nicht ernstlich gemeinte Aufforderung und ein ebensolches Erbieten angenommen wird, selbst wenn die Annahmeerklärung ernstlich gemeint ist.

Olshausen[44]) fordert für die Strafbarkeit der Annahme einer Aufforderung die ernste Absicht, ein Verbrechen begehen zu wollen, nur auf seiten des Annehmenden, nicht aber auf seiten des Auffordernden, denn Annahme und Aufforderung haben je ihre eigene Gefährlichkeit. Es ist für die Annahme gleichgültig, ob der in ihr sich kundgebende verbrecherische Entschluß auf eine ernstlich gemeinte oder auf eine nicht ernstlich gemeinte aber für ernstlich gehaltene Aufforderung zurückzuführen ist, denn an der durch die Annahme erzeugten Gefahr ändert der Umstand nichts, daß die Aufforderung keine ernstliche war und sie der Aufgeforderte nur irrtümlich für eine ernstliche hielt[45]). v. Bar wiederum hält Olshausen die allerdings sehr zweifelhafte Behauptung entgegen, daß bei nicht ernstlicher Aufforderung meist sehr bald eine entsprechende Aufklärung die Aufforderung und Annahme der Aufforderung ungefährlich machen werde.

Dagegen liegt — wie Olshausen weiter richtig ausführt — bei der Annahme eines Erbietens die Gefährlichkeit wesentlich in dem Erbieten. Wird ein nicht ernstlich gemeintes Erbieten angenommen, so vermag die Annahme nicht gefährlich zu werden. Die Strafbarkeit der Annahme eines Erbietens hänge demnach davon ab, daß sowohl der Erbietende als auch der Annehmende die Begehung des Verbrechens ernstlich beabsichtigen. Werde die nicht ernstlich gemeinte Annahme einer Aufforderung dem andern so zur Kenntnis gebracht, daß dieser die Annahme ernstlich deuten muß, so entfalle die Strafbarkeit der Annahme doch wegen des Mangels der Ernstlichkeit[46]).

Lobe[47]) dagegen läßt es zur Strafbarkeit der Annahme genügen,

---

[42]) § 49 a StGB. S. 68 ff.
[43]) Diss. S. 69/70.
[44]) Komm. S. 236.
[45]) Allfeld S. 229; RG. I v. 16. 2. 23, E. 57/246; Reiffel in GS. 42 S. 157, der nicht nur die gefährliche Willensäußerung, sondern auch die gefährliche Gesinnung strafen will; Klee in DJZ. 29 S. 495; Frank Anm. III. And. M. u. a. v. Liszt S. 600.
[46]) So auch RG. II v. 10. 12. 25, E. 60/24; Oetker in JW. 52/374.
[47]) L.K. S. 264.

daß die Annahmeerklärung als ernstlich gemeint aufgefaßt werden muß und im Verkehr so verstanden wird. Ein interner, nicht auf ernstliche Annahme gehender Wille genüge nicht, die Erklärung zur Nichtannahme zu stempeln [48]) und könne z. B. die Annahme eines nach seiner Erklärung ernstlichen Erbietens selbst dann strafbar machen, wenn das Erbieten tatsächlich nur vorgespiegelt und nicht ernstlich gemeint war.

Auch das Reichsgericht [49]) hält nun die Annahme einer Aufforderung — welche von der eines Erbietens, immer Ernstlichkeit jeder Annahme vorausgesetzt, sowohl nach Inhalt wie nach Gegenstand wesentlich verschieden ist, als solche niemals für völlig bedeutungslos, denn sie trage ja selbst die Bildung des Täterwillens in sich und aus ihr heraus soll es zur Begehung des Verbrechens kommen. Der ihr innewohnende Täterwille könne selbständig weiterwirken, unabhängig davon, ob die ihr vorausgegangene Aufforderung ernstlich gemeint war oder nicht. Es sei rechtlich ohne Belang, wenn im besondereen Fall Umstände vorhanden sind, nach denen die Begehung des beabsichtigten Verbrechens tatsächlich unmöglich zu sein scheint, denn der Versuch des Verbrechens könne trotzdem begangen werden und schon seine Begehung bedeute eine Gefährdung des Rechtsfriedens, deretwegen er doch verboten sei. Endlich würden auch unter Umständen die Erwartungen des Auffordernden von dem Gang der Dinge sich als trügerisch erweisen und das Verbrechen auch gegen seinen Willen zur Ausführung und Vollendung gelangen können.

Eine allgemeine Gefahr für den Rechtsfrieden wird also bei der Annahme einer Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens immer als vorhanden anzusehen sein. Diese nach dem Gesetz den Grund der Strafbarkeit bildende allgemeine Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit bei der Annahme einer Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens ist stets selbständig und neben der Gefährlichkeit der Aufforderung gegeben. So auch Frank, der sich ebenfalls ausdrücklich für die Strafbarkeit der ernstlichen Annahme einer nicht ernstlich gemeinten Aufforderung ausspricht. — Daß nach dem Willen des Gesetzgebers die Annahme einer Aufforderung in jedem Fall — gegensätzlich zum Erbieten — strafbar sein muß [50]), ergibt sich aus einer Vergleichung der diesbezüglichen Strafvorschrift mit derjenigen gegen das Erbieten zur Begehung eines Verbrechens. Der Tatbestand der Annahme einer Aufforderung und der des Erbietens sind in gleicher Weise mit Strafe bedroht. In beiden Tatbeständen ist eine Zusage zur Begehung

[48]) RG. I v. 13. 7. 22, RGSt. 57/243.
[49]) RG. I v. 16. 2. 23, E. 57/246.
[50]) RG. 57/243 ff.

eines Verbrechens enthalten und die Unterschiede bestehen nur darin, daß die Zusage bei der Annahme einer Aufforderung auf fremde Veranlassung hin unbedingt, dagegen beim Erbieten aus eigenem Antrieb unter der Bedingung der Annahme gemacht wird. Die den beiden Tatbeständen gemeinschaftliche Zusage aber ist entscheidend für die Gefährdung der Rechtsordnung. Da aber das Gesetz schon die bedingte Zusage des Erbietens für sich allein und ohne den Eintritt der Bedingung mit Strafe bedroht, kann es unmöglich die in der Annahme einer Aufforderung liegende unbedingte Zusage straflos lassen wollen, vielmehr muß diese auch für sich allein strafbar sein können, ohne daß ihr eine ebenfalls strafbare Aufforderung vorangeht. Der ausschlaggebende Grund der Strafbarkeit der Annahme nach Sinn und Zweck des Gesetzes ist eben in ihr selbst und ihrer eigenen Ernstlichkeit und nicht in der Ernstlichkeit der Aufforderung zu erblicken.

Anders ist es — wie das Reichsgericht zutreffend weiter ausführt — bei der Annahme eines Erbietens, denn hier liegt die Gefährlichkeit wesentlich in dem Erbieten. Es bringt die Annahme an sich keine Gefahr, sondern bewirkt nur, daß die bis dahin bedingte Gefahr je nachdem unbedingt wird, und so ist denn auch für den Tatbestand der Annahme eines Erbietens zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen allgemein anerkannt, daß er nicht erfüllt werden kann, wenn das Erbieten nicht ernst gemeint ist. Wird ein nicht ernstlich gemeintes Erbieten angenommen, so vermag die Annahme — wenn sie moralisch auch noch so verwerflich ist — doch nicht gefährlich zu werden.

Durch die Strafandrohung sollte die Annahme eines Erbietens wesentlich doch deshalb getroffen werden, weil durch die Annahme die Bedingung, an welche der Sicherbietende die Begehung des Verbrechens geknüpft hat, erfüllt und der zunächst nur bedingt gefaßte Entschluß in einen unbedingten umgewandelt wird. Das ist aber nicht möglich, wenn der Sicherbietende von Anfang an das Delikt gar nicht begehen wollte, und deshalb kann die Annahme eines nicht ernstlich gemeinten Erbietens, da wirkungslos und für sich allein ohne Bedeutung, nicht unter die Strafdrohung fallen, da eben beim Mangel eines Täterwillens jede Gefährdung eines Rechtsgutes fehlt. Es ist eben die Strafbarkeit der Annahme eines Erbietens dadurch bedingt, daß sowohl der Erbietende als auch der Annehmende die Begehung des Verbrechens ernstlich beabsichtigen [51]). Andere [52]) dagegen halten die Annahme eines

[51]) Vgl. RG. IV v. 31. 3. 80, E. 1/338; IV v. 20. 12. 87, E. 9/743; II v. 10. 12. 25, E. 60/24; Haeger S. 33; v. Liszt, Olshausen S. 238 Anm.; Binding S. 842.

[52]) z. B. Singewald S. 111, 113; Lobe in LK. S. 255.

nach seiner Erklärung ernstlichen Erbietens selbst dann für straffällig, wenn das Erbieten tatsächlich nur vorgespiegelt war. So ist Lobe dieser Ansicht mit Rücksicht auf den Gesichtspunkt der Generalprävention, welche lediglich die Kundgabe des verbrecherischen Willens mit Strafe bedroht, ohne Rücksicht auf irgendwelchen Erfolg [53]).

Auf die völlige Unwirksamkeit der Aufforderung oder des Erbietens kommt es nicht an. Hält der Aufgeforderte die ernstlich gemeinte Aufforderung für nicht ernstlich, derjenige, an den das ernstliche Erbieten sich richtet, dasselbe für einen Scherz z. B., so ist gleichwohl der Aufforderer, der Sicherbietende strafbar, da das Gesetz keinen Unterschied macht, ob dem Eintritt des Erfolges objektive oder subjektive Hindernisse entgegenstehen [54]). Der diesbezüglich nicht geänderte frühere Entwurf wollte gerade die Anstiftung und dieser konform das Erbieten treffen, gleichgültig aus welchen Gründen jene wie dieses Wirksamkeit nicht ausübt [55]). Ob eine ernstlich gemeinte Aufforderung oder ein ebensolches Erbieten im konkreten Fall vorliegt, bestimmt sich nach den diesbezüglichen Umständen und ist Ernstlichkeit nicht als gegeben anzusehen, wenn Aufforderung und Erbieten im Scherz geschehen oder das Anerbieten nur in der Absicht gemacht wird, dem anderen Geld zu entlocken und der Sicherbietende im Ernste gar nicht daran dachte, die Tat, um derenwegen er sich die Vorteile ausbedungen, zu begehen.

Der Entwurf hat die entsprechenden Bestimmungen und Voraussetzungen des Duchesne-Paragraphen in den § 196 mit herübergenommen — ob die Person, an die sich die ernstgemeinte Äußerung richtet, die Ernstlichkeit erkennt oder nicht, ist beispielsweise für die Strafbarkeit nach dem Entwurf ebenso gleichgültig wie nach geltendem Recht — mit Ausnahme — wie oben gesagt — der äußeren Merkmale der Schriftlichkeit und der Vorteilsgewährung, welche er fallen ließ, da er sie eben mit Recht nicht als sicheres ausdrückliches Zeichen für die Ernstlichkeit des Willens ansieht.

---

[53]) Siehe darüber Behge S. 70 Anm. 1.

[54]) So auch die herrschende Meinung, z. B. Olshausen S. 238.

[55]) RG. 30/142; RG. v. 29. 1. 03, E. 36/228, I v. 24. 3. 87, E. 15/360 Nr. 111; Behge S. 71; Binding S. 842; v. Bar II S. 845; Schwartz S. 149.

III. Die Subsidiaritätsklausel.

a) Im geltenden Recht.

b) Nach dem Entwurf.

Nur insoweit das „Gesetz" keine andere Strafe androht, wird die Aufforderung und das Erbieten zur Begehung eines Verbrechens und ihre Annahme bestraft. Diese Klausel, angefügt der Strafdrohung in Abs. I, regelt das Verhältnis des § 49a zu anderen strafbaren Handlungen. Unter dem Ausdruck „Gesetz" ist nicht allein das RStGB. zu verstehen, sondern wie in § 50 übereinstimmend mit der Entstehungsgeschichte und den Motiven des § 49a der Ausdruck in seiner Bedeutung als „gesetzliche Bestimmung". Auch nach dem Sprachgebrauch des RStGB. kann dieses nicht allein gemeint sein; es wird stets, z. B. in den §§ 52, 359 StGB. als „dieses Strafgesetz" bezeichnet, anderseits werden die Strafgesetze des Deutschen Reiches immer, z. B. in den §§ 3, 4 I StGB. stets als solche bezeichnet[1]).

Die Strafdrohung findet demnach nur Anwendung, soweit nicht ein Reichs- oder Landesstrafgesetz — dieses auf den ihm überlassenen Gebieten — die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens mit Strafe bedroht[2]). And. M. Binding, welcher die Ansichten Liszts, Olshausens usw. als „unrichtig" bezeichnet. Er schließt das Landesrecht aus, verneint also die Frage, ob § 49a auch den einschlägigen Landesgesetzen gegenüber subsidiär sein soll, denn — so führt er u. a. aus — das „Verbrechen" liege ausschließlich in der Kompetenz der Reichsgesetzgebung; wenn das Reich bis zum Erlaß des § 49a nur die Anstiftung zum vollführten Verbrechen für strafbar erklärte, so konnte nur das Reich wiederum Ausnahmen jener Verneinung festsetzen — in § 49a hat es dies getan. Ein Landesgesetz, das sich eine solche aufzustellen unterfinge, ginge dem § 49a nicht nur nicht vor, sondern wäre nichtig.

Wenn Binding[3]) die besonders von Olshausen[4]), Oppenhoff-Delius[5]) vertretene Ansicht, daß, da § 49a sich nur auf die

[1]) Darauf weisen bes. auch hin: Kuhlmann a. a. O. S. 33; Olshausen a. a. O. S. 238.

[2]) v. Liszt S. 600; Schwartz Anm. 3 u. 19 S. 149; Oppenhoff-D. Anm. 2; Olshausen Anm. 19 S. 238; Rüdorff-St. Anm. 3; Ortloff in GS. 67 § 3 S. 237; Witte S. 32; Kuhlmann S. 33; Lobe in L.K. S. 252.

[3]) S. 861 Anm. 3.

[4]) Anm. 13.

[5]) Anm. 19.

Verübung von „Verbrechen" beziehe, die Materie der strafbaren Aufforderung nur insoweit habe geregelt wissen wollen, als es sich um „Verbrechen" handelt und die Landesgesetzgebung bezüglich der Verübung von Vergehen und Übertretungen im allgemeinen freie Hand habe und derartige gesetzliche Bestimmungen demnach neben § 49a in unveränderter Geltung geblieben sind, mit dem Auslegungsgrundsatz bestreitet, daß überall da, wo das Reichsgesetz nur die qualifizierte Form mit Strafe bedroht, die mildere straflos zu bleiben habe, so übersieht er — wie Schwartz[6]) u. a. sehr treffend ausführt —, daß Vergehen und Übertretungen nicht mildere Formen des Verbrechens, sondern wie dieses Deliktsgattungen sind.

Der § 49a ist also eine subsidiäre Vorschrift — er bezeichnet sich auch selbst als solche — d. h. es geht ein jedes Gesetz vor, das denselben Tatbestand unter Strafe stellt[7]), seien es die einschlägigen Spezialbestimmungen des StGB. selbst, wie die §§ 85, 102, 111, 112, 159 — allerdings teilweise mit sehr zweifelhaftem Erfolg — seien es die diesbezüglichen Sondergesetze des Reichs, wie z. B. die Seemannsordnung § 101 (105) v. 2. 6. 1902, § 16 des Preßgesetzes, § 10 des Sprengstoffgesetzes vom 9. 6. 1884, oder sei es ausschließlich die Landesgesetzgebung, wenn sie die Aufforderung oder das Erbieten zur Begehung eines Verbrechens bzw. ihre Annahme allgemein oder unter gewissen Voraussetzungen mit Strafe bedroht. Es ist hierdurch der Grundsatz des § 2 EG. z. StGB., wonach dieses den Reichs- und Landesstrafgesetzen hinsichtlich der Materien, die Gegenstand seiner eigenen Begehung sind, vorgeht, dem § 49a gegenüber wesentlich durchbrochen[8]). Der Sinn des Vorbehalts ist der, daß die Strafbestimmung des § 49a nicht Anwendung finden darf, sobald die konkrete Handlung nach einem anderen Strafgesetze strafbar ist; es soll also bei Eintritt einer Gesetzeskonkurrenz, sobald die Tatbestände des § 49a und einer die Aufforderung zu einem Verbrechen mit Strafe bedrohenden Gesetzesvorschrift sich decken, § 49a als nur subsidiäre Vorschrift ausgeschlossen bleiben.

And. M. Kuhlmann[9]), der § 49a nur dann fallen lassen will, wenn der fragliche Tatbestand gerade auch in abstracto der jeweiligen anderen Strafbestimmung untersteht, welcher § 49a also angewendet wissen will, soweit nicht das Gesetz gerade für die betreffende Handlung — diese demnach in abstracto, eine andere Strafe androht. Dagegen

[6]) Das StGB. f. d. Dtsch. Reich S. 149.

[7]) RG. I v. 12. 2. 26, E. 60/92.

[8]) So ausdrücklich Lobe in L.K. S. 250; Behge S. 85; Finger 1 S. 351; Merkel § 55 S. 152; Frank Anm. II 2; Olshausen Anm. 19 S. 237; RG. I v. 3. 12. 83, E. 9/261; Voigt in G. 28 S. 230.

[9]) Der § 49a StGB. S. 32.

wieder ausdrücklichst v. Bar[10]), der die Absicht Kuhlmanns, dem Gesetz den Charakter der Subsidiarität in abstracto zu geben, d. h. also, daß es nur dann nicht zur Anwendung kommen soll, wenn genau eine der in § 49 a bedrohten Handlungen bei einzelnen Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht sein würde, für völlig überflüssig erklärt, da ohnehin das spezielle Gesetz das allgemeinere ausschließe. Eine Verbrechensmehrheit — Idealkonkurrenz — des Vergehens aus § 49 a mit einer der oben genannten Spezialbestimmungen könne so nie eintreten, da hier Gesetzeskonkurrenz vorliege[11]), während Kuhlmann wiederum[12]) ein tateinheitliches Zusammentreffen des § 49 a mit anderen Strafbestimmungen in idealer Konkurrenz sehr wohl für möglich hält.

Höchst streitig ist auch das Verhältnis des § 49 a, soweit er die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens betrifft, zum § 333 StGB., welcher die aktive Bestechung unter Strafe stellt. Eine große Mehrheit verneint die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz der beiden im Tatbestande sich deckenden §§ 333 und 49 a, weil der letztere nur subsidiär anwendbar sein soll[13]). Kuhlmann führt dazu u. a. aus: Die an einen Bekannten gerichtete Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens werde von dem Tatbestand des § 333 bereits erfüllt, es liege also Gesetzeskonkurrenz vor, welche eine Idealkonkurrenz unmöglich mache. Die Aufforderung zur Begehung des Verbrechens bilde gerade das in concreto für die aktive Bestechung wesentliche Moment und gehe die Fassung des § 333 in dieser Hinsicht weiter als § 49 a. § 333 setze zwar nicht unbedingt als das von dem Bestechenden erstrebte Ziel die Begehung eines Verbrechens voraus, ist aber die erstrebte Handlung ein Verbrechen, so unterstehe die Aufforderung gerade deshalb und insoweit dem § 333, als infolge des Verbrechenscharakters der Handlung der Beamte zur Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht bestimmt werden solle.

Dagegen nimmt eine größere Minderheit, welcher sich auch das Reichsgericht[14]) anschließt, trotz der Subsidiarität des § 49 a Ideal-

---

[10]) Gesetz u. Schuld Bd. 2 S. 850.

[11]) So die herrschende Meinung, z. B. Schwartz S. 148; Olshausen Anm. 20; M. E. Mayer S. 382; Oppenhoff § 49 a Anm. 2; RG. I v. 3. 3. 81, 3. 12. 83, 26. 2. 85, III v. 20. 12. 09: E. 3/390, 9/261, 12/54, 43/206.

[12]) Der § 49 a StGB. S. 32.

[13]) Behge S. 88; Haeger S. 190; Frank Anm. II 2; v. Bar 2 S. 850; Binding, Hdb. 1 S. 356 Anm. 4 und Lehrb. 2 S. 870 Anm. III; Lobe in L.K. § 49 Anm. 3 S. 252; Schwartz S. 149 Anm. 3, S. 148; Hälschner II S. 1046; Alcaley, Bestechung S. 58; Geyer II S. 194; Kuhlmann S. 34.

[14]) RG. 3/390; 9/261, 12/54.

konkurrenz desselben mit § 333 an[15]). So sagt das Reichsgericht: Es sei zwar richtig, daß § 49a nur eine subsidiäre Strafdrohung enthalte, aber subsidiär doch nur bezüglich des in ihm selbst aufgestellten Tatbestandes, insbesondere der Aufforderung zu einem Verbrechen oder zur Teilnahme an einem solchen. Nun sei aber die Aufforderung zu einem Verbrechen in § 333 gar nicht mit Strafe bedroht, sei gar kein Tatbestandsmerkmal des § 333, während doch der Sinn und Endzweck der Subsidiarität der sei, daß die besonderen Vorschriften des Strafgesetzbuches, die Reichsspezialgesetze und Landesgesetze, welche die erfolglose Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung ohnehin mit Strafe bedrohen, die Anwendung des § 49a ausschließen sollen. Infolge der erheblichen Verschiedenheit der Tatbestandsmerkmale der beiden Paragraphen sei daher § 49a nicht durch § 333 ausgeschlossen, sondern könne vielmehr sehr wohl mit ihm konkurrieren.

Interessant ist auch die Stellung Haegers, welcher sich sehr eingehend mit diesem Problem beschäftigt. Wenn die herrschende Lehre das Verhältnis von den §§ 85, 111, 159 usw. zu § 49a als Spezialität, das von § 333 zu § 49a als Idealkonkurrenz bezeichne, so sei dies unhaltbar und die Begriffe nicht konsequent angewendet, denn bei konsequenter Anwendung dieser Konkurrenzbegriffe müsse man zur Annahme der Spezialität zwischen § 49a einerseits und den §§ 85, 111, 159 und 333 andererseits gelangen, welche Ansicht allein der Entstehungsgeschichte des § 49a gerecht werde. Haeger, ausgehend von § 73 und von dem Wesen der Konkurrenz, bestimmt das Verhältnis von zwei Paragraphen mit Rücksicht auf die konkrete Handlung, die diese Konkurrenz veranlaßt hat, und wirft dann die Frage auf, welcher von den ihre Anwendung findenden Paragraphen der Handlung am meisten gerecht werde. Auf diese Weise unterscheidet er wie die herrschende Lehre Gesetzeskonkurrenz und Idealkonkurrenz, nur daß er die Subsidiarität als Unterfall der Idealkonkurrenz auffaßt, und nimmt er für sämtliche in Frage stehenden Fälle das Verhältnis der Spezialität an. Die Auslegung des § 49a, die nach seiner Ansicht zu gerechteren Resultaten führe und allein den gesetzlichen Bestimmungen des § 73 und dem Wesen der Konkurrenz entspreche, schaffe dann auch die Möglichkeit, in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers die Klausel in § 49a für überflüssig zu erklären.

Köhler[16]) sagt u. a. — m. E. wohl am treffendsten —, § 49a sei subsidiär auch gegenüber § 333, soweit der Bestechende den Beamten

---

[15]) v. Liszt S. 807; Olshausen Anm. 20 S. 237; Witte S. 33; Oppenhoff-D. 132 Nr. 2; Rüdorff-St. Anm. 3, 14.

[16]) Die Grenzlinien zwischen Ideal u. Gesetzeskonkurrenz S. 69 Anm. 1.

zu einer Verletzung seiner Amts- oder Dienstpflicht auffordere, die als Verbrechen oder Teilnahme an einem solchen sich darstelle. Es sei unbedingt zuzugeben, daß der Tatbestand von § 49a und derjenige von § 333 sich nicht decken und könnten somit die beiden Gesetze in Idealkonkurrenz zueinander treten, wenn nicht § 49a seine eigene Anwendung durch die Worte „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht" zurücktreten ließe. Es sei unzulässig, in diesen Beisatz etwas hinein zu interpretieren, was demselben ganz fremd sei. Der Beisatz heiße aber nicht „soweit das Gesetz eine besondere Strafe dafür androht", daß die Aufforderung ein Verbrechen im engeren Sinne zum Gegenstand hat. § 49a enthalte ferner nicht den Zusatz: „Der Umstand, daß das Gesetz eine andere Strafe androht, bleibt dann unberücksichtigt, wenn das eine andere Strafe androhende Gesetz die gleiche Strafe auch für Fälle androht, in welchen die strafbare Aufforderung nicht auf die Begehung eines Verbrechens (i. e. S.) gerichtet war. Endlich sei zu beachten, daß § 333 zur Zeit seiner Erlassung offenbar den Hauptfall mitberücksichtigt hat, daß die Bestechung die Begehung eines Verbrechens i. e. S. seitens des Bestochenen zum Gegenstand hat. Dies gehe schon aus der Vergleichung der Strafrahmen von § 333 und § 334 II StGB. hervor. Wollte man nun der reichsgerichtlichen Ansicht beitreten, so müßte man annehmen, daß die Bestechung eines Richters zur Begehung eines Verbrechens i. e. S. ein Delikt bilde, daß dagegen die Bestechung eines nicht richterlichen Beamten zur Begehung eines Verbrechens — also ein milderer Fall — zugleich noch ein weiteres Delikt, nämlich das Delikt des § 49a I enthalte.

Gleichgültig ist, abweichend von dem sonst geltenden Grundsatz der Subsidiarität, ob die speziellere Strafbestimmung eine schwerere oder leichtere Strafe androht[17]). Dies gilt, wenn nicht das spezielle Gesetz eine ausdrückliche Klausel enthält, wonach es nur Anwendung finden soll, wenn die bestehenden Gesetze keine höhere Strafe bestimmen, allgemein. Liszt[18]) dagegen verlangt ausdrücklich, daß die „primäre" Strafbestimmung eine strengere Strafe vorsehe.

§ 49a kommt aber auch dann nicht zur Anwendung gegenüber einem anderen Strafgesetz — denselben Tatbestand vorausgesetzt —, das sich darstellt als Weiterentwicklung zur Täterschaft oder doch zum straffälligen Versuch der Begehung des Verbrechens, denn sobald der Aufgeforderte zum strafbaren Versuch übergeht, werden von dessen Anfang an die Strafdrohungen des § 49a für ihn wie für den Auf-

---

[17]) Zustimmend: Binding 2 S. 870; Allfeld S. 210, Rüdorff-St. Anm. 3; Schwartz Anm. 3 S. 149; v. Liszt S. 808; Behge S. 85.
[18]) a. a. O. S. 568 Anm. 13.

forderer durch die Strafen für Täterschaft und Anstiftung des betreffenden Verbrechens konsumiert, denn § 49a gilt eben nur für den „Nicht-Teilnehmer“ [19]). Dieser Grundsatz erleidet — wie v. Bar ausführt — eine scheinbare Ausnahme im Falle der Aufforderung eines alii facturus, eines zur Begehung des Verbrechens bereits Entschlossenen, wenn angenommen wird, daß die Aufforderung vollkommen wirkungslos war. Allerdings ist dann aber die Ausführung eigentlich nicht infolge der Aufforderung geschehen. § 49a tritt also auch nur dann in Kraft, wenn die Aufforderung keinen Erfolg hatte oder wenn das Verbrechen zwar begangen oder versucht worden ist, die unter § 49a fallende Tätigkeit aber keine strafbare Teilnahmehandlung ist [20]). Dies stimmt auch mit der ursprünglichen Motivierung des § 49a überein, denn hier wird ausgegangen von der Notwendigkeit, gewisse Fälle der erfolglosen Anstiftung zu strafen, aber man hat sicherlich nie daran gedacht, wenn jemand zu demselben Verbrechen zuerst erfolglos, dann aber erfolgreich anstiftete, ihn doppelter Strafe zu unterwerfen oder irgendeine Konkurrenz anzunehmen.

Olshausen [21]) hält dagegen in einem Falle ein Zusammentreffen, und zwar je nach Umständen ein ein- (§ 73) oder ein mehrtätiges (§ 74), zwischen einer strafbaren Aufforderung aus § 49a und der Beihilfe zu dem betreffenden Verbrechen für möglich, dann nämlich, wenn jene an einen bereits zur Tat Entschlossenen sich richtete [22]). Auch Allfeld [23]) hält, da es sich um ein delictum sui generis handelt, ein Zusammentreffen mit den verschiedenen Arten der Teilnahme für möglich. Ebenso könne auch der ein Erbieten Annehmende als Gehilfe sich beteiligen. Dann jedoch ist auch nach Olshausen ein Zusammentreffen zwischen § 49a und Beihilfe ausgeschlossen, wenn der Aufforderer sich eben durch die Aufforderung selbst der Beihilfe zu dem Verbrechen schuldig macht. Hier entfällt die Anwendung des Paragraphen [24]). Erfolgt im Stadium des Versuchs ein Rücktritt des Aufgeforderten — des Täters — nach § 46, durch welchen der Täter straflos wird oder nur wegen des durch die Versuchshandlung begangenen Vergehens oder Übertretung strafbar bleibt, so wirkt dies nur für den Versuchenden persönlich, nicht aber für den andern Teil, dessen

---

[19]) So auch Handb. 1 S. 361; Behge S. 85 u. s. Literatur; Frank Anm. 2; Schwartz S. 149; Lobe in L.K. S. 252; Witte S. 31.

[20]) v. Calker, Grundriß d. Strafrechts S. 59; RG. in GoldtA. 52 S. 84, 53 S. 176; RGStr. 43/206 (§ 218).

[21]) a. a. O. S. 236.

[22]) Siehe auch v. Bar 2 S. 849 Nr. 32; RG. I v. 12. 2. 26, E. 60/92.

[23]) Lehrb. d. Dtsch. Strafrechts S. 228.

[24]) RG. v. 1. 3. 06, E. 53/176.

Strafbarkeit nach § 49a wiederum auflebt[25]). Ist der Annehmende der zurücktretende Versucher, so will Binding[26]) ihn auch frei von einer Strafe des § 49a wissen, da das Straflosswerden der Täterhandlung für den die Aufforderung Annehmenden auch im Sinne des § 46 das Straflosswerden der Vorbereitung der Täterschaft bedeute.

Hiergegen wieder andere[27]), welche mit Recht einwenden, daß die Annahme weder eine Verübung noch eine Vorbereitung des Verbrechens darstelle und zudem als Delikt mit der erfolgten Erklärung vollendet sei.

Der Entwurf hat die im geltenden Recht ausdrücklich aufgenommene Subsidiaritätsklausel weggelassen; daß jedoch spezielle Strafdrohungen, wie sie z. B. die Vorschriften der §§ 144, 188, 250, 256 enthalten — Verleitung Untergebener, Verleitung zum Meineid, Verleitung zur Tötung, Erbieten zu Abtreibungen —, die Anwendung der allgemeineren ausschließen, ist selbstverständlich. Ebenso versteht es sich von selbst, daß die im § 196 mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlungen nicht als selbständige Delikte in Frage kommen können, wenn die Person, die sie vorgenommen hat, wegen Ausführung der Tat oder Teilnahme an der Ausführung des Verbrechens zu bestrafen ist, so daß also trotz Wegfalls einer ausdrücklichen Subsidiaritätsbestimmung auch die Strafdrohungen des Entwurfs als subsidiär anzusprechen sind.

Besondere strafbare Aufforderungen zum Ungehorsam gegen Verbote oder Gebote sind auch in verschiedenen Einzelgesetzen unter härtere Strafe gestellt, so z. B. § 13 unter Nr. 5 des Ges. über die Entwaffnung der Bevölkerung vom 7. 8. 1920 oder besonders § 7 des jetzt nicht mehr Geltung besitzenden Ges. zum Schutz der Republik vom 26. 6. 1922[28]), § 111 StGB. und seine Ergänzung durch § 25 des Ges. z. Schutz d. Republik. Im Rahmen dieser Abhandlung ist vor allem § 7 Nr. 1 des Gesetzes zu erwähnen. Dieser sagt u. a.:

„Wer gegen Mitglieder der republikanischen Regierung des Reichs oder eines Landes ... auffordert", wird mit Gefängnis von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, soweit nicht andere Vorschriften eine schwerere Strafe androhen.

---

[25]) So ausdrücklich Frank, Anm. II, 2c; Hälschner I S. 409; Olshausen S. 236; Binding S. 840; Oppenhoff-D. Anm. 4.

[26]) Lehrb. 2 S. 865; Olshausen Anm. 2 S. 236.

[27]) Schwartz Anm. II S. 149; Hälschner I S. 409.

[28]) Ein neues — teilweise sehr umstrittenes — Republikschutzgesetz ist in Vorbereitung; der neue Gesetzentwurf wurde am 7. 11. 1929 vom Reichsrat im öffentlicher Vollsitzung mit 50 gegen 16 Stimmen angenommen; die Reichsregierung hat die vom Reichsrat angenommenen Änderungen nicht beanstandet. Zur Zeit wird der Entwurf in den Ausschüssen des Reichstags durchberaten.

Aufforderung zu einer Gewalttätigkeit ist dabei jede an einen anderen gerichtete Erklärung — sei sie schriftlich oder mündlich, erfolge sie ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung —, daß dieser die Gewalttätigkeit begehen soll. Nicht erforderlich ist, daß sie öffentlich vor einer Menschenmenge oder durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften begangen wird, wie es z. B. § 111 StGB. bedingt; dagegen muß notwendigerweise die Aufforderung gerichtet sein auf Begehung einer bestimmten Gewalttätigkeit der in § 7 Nr. 1 bezeichneten Art.

Der Aufforderung zur Begehung der Gewalttätigkeit steht die Aufforderung zur Teilnahme an einer solchen gleich, und zwar auch dann, wenn die Begehung der Gewalttat von dem Auffordernden selbst in Aussicht genommen war.

Subjektiv muß der Auffordernde den Willen [29]) haben, daß seine Erklärung als Aufforderung in dem dargelegten Sinne verstanden werden soll, wie auch sein Wille ernstlich darauf gerichtet sein muß, daß der Aufgeforderte die Gewalttat begehe, demgemäß eine Aufforderung, die beispielsweise nur scherzhalber geschieht, nicht unter die Strafdrohung fällt.

Nicht notwendig ist das Bewußtsein, daß die Gewalttat, zu der aufgefordert wird, strafbar ist, ebenso wie auch ohne Bedeutung, ob der Auffordernde sich an ihrer Begehung beteiligen will oder nicht; wissen muß dagegen der Auffordernde, daß die Person, gegen die sich die Gewalttätigkeit richten soll, ein Regierungsmitglied im Sinne des § 7 Nr. 1 ist.

Adressat der Aufforderung kann sowohl eine Einzelperson wie auch eine Personenmenge sein, nicht notwendig ist, daß der Adressat individuell bestimmt sei. Der Adressat muß von der Aufforderung mit Willen des Auffordernden Kenntnis gewonnen haben. Nicht erforderlich ist jedoch wiederum, daß der Inhalt sich auch seinem Verständnis erschlossen hat, ebenso wie auch gleichgültig ist, wie der Adressat sich zu der Aufforderung stellt, ob sie in ihm den Entschluß zur Begehung der Gewalttat hervorruft oder nicht. Die Aufforderung ist auch dann strafbar, wenn der Empfänger derselben sie von vornherein ablehnt oder überhaupt schon vorher zur Begehung der Gewalttat unter allen Umständen entschlossen war.

Die Strafbestimmung des § 7 ist subsidiären Charakters. Es gilt dies außer für das Verhältnis zu anderen Strafvorschriften des Schutzgesetzes selbst auch für das Verhältnis des § 7 zu anderen strafrechtlichen Gesetzen, insbesondere zum Strafgesetzbuch.

---

[29]) Kiesow-Zweigert S. 78.

Soweit die Subsidiarität reicht, ist Idealkonkurrenz ausgeschlossen. Gegenüber § 49 a StGB. enthält eine unter § 7 Nr. 1 fallende Aufforderung zur Gewalttätigkeit den spezielleren Tatbestand, vor dem diese Vorschrift zurücktritt.

Die in § 7 bezeichneten Handlungen sind Vergehen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus § 1 I StGB.; der Versuch eines Vergehens gegen § 7 ist sonach als solcher gemäß § 43 II StGB. nicht strafbar.

Die ordentliche Strafe ist Gefängnis von drei Monaten bis zu fünf Jahren, daneben obligatorisch Geldstrafe. Außerdem kann auf die in § 10 II bezeichneten Nebenfolgen erkannt werden. Mildernde Umstände sind nicht zugelassen.

IV. Vollendung und Versuch der Delikte der §§ 49 a und 196 sowie der Rücktritt vom Versuche.

Vollendet ist das Vergehen des Aufforderns und des Erbietens, sobald dasselbe geäußert und durch die Tätigkeit des Auffordernden oder Sicherbietenden zur Kenntnis dessen gelangt ist, an den es gerichtet war, und zwar ohne den Charakter einer Aufforderung oder eines Erbietens verloren zu haben, wobei zur Kenntnisnahme lediglich erforderlich ist, daß die Erklärung an ihn in der Weise gelangt ist, daß die übermittelten Laute und Schriftzeichen für ihn wahrnehmbar wurden. Es ist nicht notwendig, daß der Erklärungsempfänger Sinn und Inhalt verstanden hat, denn „Verstehen" ist, wie Lobe richtig bemerkt, „ein Vorgang innerhalb der Geistestätigkeit des Aufgeforderten, nicht mehr ein Teil der Tätigkeit des Auffordernden" [1]). Bevor aber diese Wahrnehmungs- und Erkennungsmöglichkeit eingetreten ist, liegt nur strafbarer Versuch vor. Dasselbe gilt für die Vollendung der diesbezüglichen Annahmeerklärung [2]).

Lobe verlangt ebenfalls zur Vollendung der Aufforderung, daß dem Aufgeforderten die ihm zugegangene Aufforderung auch tatsächlich so zugegangen ist, daß er sie wahrnehmen und ihren Inhalt erkennen konnte. Es sei somit nicht erforderlich, daß der Aufgeforderte die ihm zugegangene Erklärung auch tatsächlich wahrgenommen hat. Eine bloß stillschweigende Annahme oder ein der Aufforderung entsprechendes

---

[1]) Lobe in L.K. S. 250; Olshausen, Anm. 3 S. 238; RG. v. 21. 5. 13, E. 47/230. And. M. Schwartz Anm. 5 a zu § 49 a S. 149.

[2]) Vgl. Witte S. 40; Behge S. 27/28; Kuhlmann S. 63/64; Allfeld S. 229; v. Liszt S. 600; RG. IV v. 25. 9. 94, E. 25/81; Schwartz Anm. 5 b S. 149; Ortloff in GS. S. 228. And. M. Geyer in H.H. 4 S. 155.

Verhalten hält er allerdings nicht für genügend, wohl aber ein konkludentes Verhalten gegenüber dem Auffordernden. Auch für das Sicherbieten läßt er dasselbe gelten wie für die Aufforderung [3]). Es sei nicht nötig, daß der andere das Erbieten aufgefaßt und verstanden habe [4]), es genüge, wenn es an ihn in einer Weise gelangt ist, daß er es erkennen und verstehen konnte. Kenntnisnahme durch einen Vertreter genügt demnach. Ist die Kenntnisnahme aber einmal erfolgt, dann gibt das Gesetz keine Möglichkeit, die Handlung durch eine Gegenwirkung straflos zu machen [5]).

v. Bar [6]) weist besonders darauf hin, daß die früheren Gesetzgebungen dagegen dem Anstifter Aussicht auf Straflosigkeit gewährten, wenn er die Ausführung des Verbrechens verhinderte, so daß es, abgesehen von den Fällen eines förmlichen von einer großen Anzahl von Personen geschlossenen Komplotts, nur selten zu einer Untersuchung über erfolglose Anstiftung kam und selbst in diesem Fall der reuige Komplottant durch Anzeige oder Verhinderung sich Straffreiheit sichern konnte.

Olshausen [7]) gibt bezüglich der Annahme folgendes Beispiel: Wer die Aufforderung zur Leistung eines Meineides durch widerrechtlich falsche Ablegung eines zunächst unbeeidigten Zeugnisses angenommen hat, bleibt aus § 49a auch dann strafbar, wenn er noch vor der nachträglichen Beeidigung das unwahre Zeugnis zurücknimmt und wahrheitsgemäß aussagt [8]).

Nicht notwendig ist, daß der geäußerte Wille in die Tat übergehe, bestraft wird die bloße Tatsache des Aufforderns, Erbietens und deren Annahme, weil diesen in § 49a angeführten Verbrechensäußerungen an sich schon eine besondere Gefährdungsmöglichkeit innewohnt, eine Gefährdungstendenz, die sie auszeichnet vor allen übrigen Kundgebungen eines verbrecherischen Willens, und die beruht auf der einer Rechtsordnung immer gefährlichen Verbindung mehrerer zur Ausführung eines Verbrechens, während eine solche stets gefährliche Verbindung in der Regel nicht entsteht, wenn lediglich eine eigene Vorbereitungshandlung in Frage steht. Während demnach im Normalfall die Verletzung bzw. die konkrete Gefährdung eines Rechtsgutes Voraussetzung der vollendeten Normübertretung ist, während also der Beweis ernsten ver-

---

[3]) RG. v. 12. 12. 13 (5 D 719/13).
[4]) RG. IV v. 21. 5. 13, E. 47/230.
[5]) So auch Kuhlmann S. 65; Olshausen S. 237; Berner S. 173; v. Liszt S. 807.
[6]) Lehrb. 2 S. 843.
[7]) Komm. S. 237.
[8]) RG. VI v. 26. 6. 22 (D 439/22).

brecherischen Willens und damit eine Gefahr für die Rechtsordnung für gewöhnlich erst dadurch erbracht wird, daß der Täter mit der Ausführung der Tat beginnt, rechtfertigt die besondere Möglichkeit der Gefährdung es, bei Verwirklichung eines der in § 49 a aufgeführten Tatbestände die konkrete Gefährdung des fraglichen Rechtsgutes zu präsumieren. Die in § 49 a enthaltenen Tatbestände sind eben ihrer Natur nach generell geeignet, die Verübung eines Verbrechens oder die Teilnahme an einem solchen herbeizuführen, und um dieser allgemeinen abstrakten Gefahr willen wird die in § 49 a bezeichnete Handlung schlechthin und ohne Rücksicht auf die Herbeiführung eines schädlichen Erfolges oder nur die Möglichkeit eines Erfolges im konkreten Fall verboten.

Hierzu wird allerdings geltend gemacht, diese Bestimmungen des § 49 a enthielten einen Verstoß gegen das strafrechtliche Prinzip, die Strafbarkeit einer dem Strafgesetzbuch zuwiderlaufenden Handlung nicht schon mit dem Wollen, sondern erst mit dem Augenblick beginnen zu lassen, in welchem der Wille über die Vorbereitungshandlungen hinaus in die Tat übergehe[9]).

Das Gesetz geht also von dem Gesichtspunkt der Generalprävention aus, die konkrete Gefährdung des fraglichen Rechtsgutes ein für allemal zu präsumieren, und es ist überflüssig, das Merkmal der Verletzung bzw. Gefährdung noch jedesmal in concreto festzustellen, denn gerade die wenn auch vorläufig ganz abstrakte Möglichkeit der Herbeiführung einer der Rechtsordnung nicht entsprechenden Veränderung ist das Gefährliche, und um eben die Möglichkeit gar nicht entstehen zu lassen, sollen die hierauf abzielenden Betätigungen unterbleiben. Der Erfolg besteht eben in der Erzeugung des geistigen Konnexes zwischen den beteiligten Personen und dadurch einer erhöhten Möglichkeit für das jeweils in Frage stehende Rechtsgut, und zwar derart, daß die Gefährdung des Rechtsgutes nicht nachgewiesen zu werden braucht, sie wird vielmehr präsumiert.

Aus diesem Grunde hält auch Lobe die Entscheidung des RGSt. 1, 340, daß das Wesentliche bei der Annahme des Erbietens die definitive Bestimmung des Willens des Sicherbietenden zur Begehung des Verbrechens sei, nur insoweit für richtig, als die Gefahr, daß diese Wirkung durch die Annahme eintrete, den gesetzgeberischen Grund bilde, um generalpräventiv schlechthin die Annahme eines Erbietens zu verbieten.

Das Delikt ist vollendet, so daß die größte Reue nicht mehr hilft und Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten eintreten muß, sobald

[9]) Vgl. Behge S. 20 ff., der mit Recht letztere Argumentierung eingehend bekämpft.

die betreffende Erklärung mit dem Willen des Erklärenden zur Kenntnis des Erklärungsempfängers unter kausaler Zurückführung der Kenntnisnahme auf die Tätigkeit des Erklärenden gelangt ist[10]). Sie braucht aber an sich absolut nicht geeignet zu sein, einen verbrecherischen Entschluß hervorzurufen. Der Erfolg wird vom Gesetz für völlig gleichgültig erachtet. Es ist ohne Bedeutung, welchen Eindruck es auf den Aufgeforderten macht, es bleibt völlig gleichgültig, ob der Erklärungsempfänger auf das Ansinnen eingeht oder es sofort ausschlägt, ob er durch die Annahme zur Tat getrieben wird oder nicht; lediglich die kundgewordene rechtswidrige Absicht wird im Gegensatz zu dem sonst im Strafgesetzbuch festgehaltenen Grundsatz, daß immer nur die rechtswidrige Handlung strafbar sei, mit Strafe bedroht. Weder braucht es zu der Handlung gekommen zu sein, auf deren Begehung der Auffordernde Gewicht legt, noch auch braucht der Aufgeforderte einen rechtswidrigen Entschluß gefaßt zu haben, denn die Entstehung und damit die Gefahr ist auch so vorhanden. Das Gesetz bestraft schon die einseitige Tätigkeit des Auffordernden oder Erbietenden, ohne daß es irgendeiner Mitwirkung des Aufgeforderten zur Herstellung des Tatbestandes bedarf, die Strafbarkeit erfüllt sich ausschließlich in der Person des Auffordernden bzw. Erbietenden.

Die Willensäußerung ist strafbar, wenn der Wille des Erklärenden darauf gerichtet war, das Verbrechen solle ausgeführt werden und er der Meinung war, die von ihm zu diesem Zweck geäußerte Tätigkeit werde sich als wirksam erweisen[11]). Gelingt die Aufforderung, das Erbieten an einen anderen als den Destinatär, so fehlt die Vollendung.

Einen Versuch des Vergehens des § 49a gibt es an sich nicht, zumindest nicht bei mündlichen und symbolischen Erklärungshandlungen, da bei ihnen Versuch und Vollendung eins sind, Erklärungshandlung und Kenntnisnahme der Willenserklärung zeitlich zusammenfallen. Er wäre auch, da nicht ausdrücklich für strafbar erklärt, straflos (§ 43 II StGB.), da § 49a nur den Tatbestand eines Vergehens enthält[12]). v. Bar spricht sich ausdrücklich und prinzipiell gegen die Strafbarkeit aus, denn wenn das Gesetz bestimmte Handlungen unter Strafe stellt, die — wie er sagt — nur Vorbereitungshandlungen sind,

---

[10]) Gl. Ans. u. a. Hälschner I S. 408; Meyer S. 244; v. v. Liszt S. 568; Rüdorff-St. Anm. 8; Binding S. 842; RG. v. 4. 6. 97, E. 30/142. Dagegen hat das RG. in d. Entsch. II, III v. 10./21. 10. 81 (E. 71/2) dieses Erfordernis völlig außer acht gelassen.

[11]) RG. v. 16. 4. 83, E. 8/229, v. 24. 3. 87, E. 15/359, v. 13. 12. 10, E. 44/172.

[12]) Kuhlmann a. a. O. S. 64, der wieder auf Frank und Olshausen verweist; Behge S. 28/29; Witte S. 40; Binding S. 842, der bezüglich der Strafen nur von „Vollendungsstrafen" spricht.

so kann beim Fehlen einer anderslautenden gesetzlichen Bestimmung nicht angenommen werden, daß den allgemeinen Grundsätzen entgegen der Anfangspunkt der Strafbarkeit noch weiter durch Anwendung des Versuchsbegriffes zum Nachteil des Angeklagten hat zurückgeschoben werden sollen.

Wohl aber kann man von einem Versuch bei schriftlichen Erklärungen sprechen, bei welchen also ein Zwischenstadium zwischen Willensäußerung und Kenntnisnahme durch den anderen sich ergibt, wenn das die Willenserklärung enthaltende Schriftstück nicht in die Hände des Erklärungsempfängers gelangt, dieser davon demnach direkt keine Kenntnis erhält — z. B. wenn die schriftliche Erklärung von einer Behörde aufgefangen und dann von ihr erst dem Adressaten mitgeteilt wird oder wenn sonst sein Inhalt anderweitig bekannt wird, somit, da es an der notwendigen direkten Kenntnisnahme mangelt, ein Fehlen der Kausalität sich ergibt, der Tatbestand des Delikts sich also nicht erfüllt[13]). Ferner in dem Fall, wenn zwar die Erklärung dem Empfänger direkt zugeht, der Erklärende sie inzwischen aber bereits ernstlich widerrufen hat[14]).

Der Entwurf vom 14. 5. 1927 behält an sich die Tatbestandsmerkmale einer raschen Vollendung der Delikte des § 49 a bei, mildert aber diese Härte, indem er ein Recht auf straflosmachenden Rücktritt unter gewissen Voraussetzungen gewährt, eine gewisse Milde — von Bisoukides[15]) z. B. als „sehr vernünftige und höchst willkommene Neuerung" bezeichnet —, die um so eher gerechtfertigt ist, wenn man bedenkt, daß das Gesetz auch in anderen Fällen die Möglichkeit gewährt, sich durch Rücktritt wieder Straffreiheit zu sichern. Im Interesse der Rechtsordnung muß verhütet werden, daß jemand, der eine strafbare Vorbereitungshandlung begangen hat, durch den Gedanken, daß er der Strafbarkeit doch nicht mehr entrinnen könne, veranlaßt wird, den Weg des Verbrechens zu gehen und die in Aussicht genommene Tat auszuführen oder doch, falls seine Tätigkeit in der Einwirkung auf einen andern bestand, den Dingen ihren Lauf zu lassen.

Die Erwägung, sich bereits unwiderruflich eine Strafe zugezogen zu haben und selbst wenn noch so sehr gewollt, nicht mehr ungestraft auf den rechten Weg zurückkehren zu können, wird für manchen Täter eher ein Anreiz sein, nun auch das Verbrechen selbst auszuführen bzw. durch einen anderen ausführen zu lassen, damit er nun auch für das

---

[13]) RG. v. 4. 6. 97, E. 30/142; E. 36/228; v. Liszt S. 600; v. Bar 2 S. 843; Olshausen Anm. 6 II, 7 I S. 238; Binding 2 S. 844, 865 bis 867; Meyer-A. S. 228; Frank Anm. IV.

[14]) Vgl. Behge S. 29; RG. v. 29. 1. 15 (2 D 17/15).

[15]) Anst. u. Auff. S. 24.

bereits entstandene Risiko, entdeckt und bestraft zu werden, die Vorteile des Verbrechens einheimsen kann [16]). Umgekehrt wird der, welcher den Tatbestand einer der in § 49 a enthaltenen Handlungen erfüllt hat, wenn er sich durch Rücktritt wieder straflos machen kann, einen Ansporn gewinnen, wieder auf den Weg des Rechts zurückzukehren, womit aber eine gewisse Aussicht besteht, daß der Erklärende von seinem Vorhaben doch noch abläßt und so auch die Sicherheit des gefährdeten Rechtsgutes wiederhergestellt wird.

v. Bar betrachtet es von zweifelhaftem Nutzen, schon die verbrecherischen Regungen zu bestrafen — er verweist auf die Äußerungen Windhorsts, welcher die jetzt nach § 49 a zu bestrafenden Handlungen als „nur moralisch verwerfliche, aber nicht in das Rechtsgebiet gehörende" bezeichnete —, denn wer weiß, daß er schon strafbar ist, geht leicht weiter, das Bewußtsein, jetzt nicht mehr freien Rücktritt zu haben, reizt zur Tat.

Da die Vorschrift des § 27 I, II des Entwurfs, die nur für den Rücktritt vom Versuch gilt, hier nicht eingreift, ist eine besondere Vorschrift nötig. So sichert denn der Entwurf in Abs. 3 dem, der zu einem Verbrechen zu verleiten gesucht oder das Erbieten eines anderen hierzu angenommen hat, Straflosigkeit zu, wenn er aus freien Stücken das Verbrechen verhindert.

Unterbleibt dasselbe ohne sein Zutun, so genügt, solange er davon nichts weiß, zu seiner Straflosigkeit sein ernstliches Bemühen, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden. Es wird demnach Straffreiheit unter den Voraussetzungen des § 27 III gewährt. Ferner wird nach § 196 IV d. Entw. der, welcher sich zu einem Verbrechen erboten oder bereit erklärt hat, straffrei, wenn er seine Erklärung aus freien Stücken widerruft.

Der Versuch der Vergehen des § 196, d. h. die Betätigung des Entschlusses, eine der mit Strafe bedrohten Taten zu begehen, durch Handlungen, die den Anfang der Ausführung bilden oder nach dem Sachverhalt, den der Täter sich vorstellt, bilden würden, ist [17]) wie im geltenden Recht m. R. straflos, da er nicht — wie § 26 Satz 2 des Entw. verlangt — ausdrücklich für strafbar erklärt ist.

---

[16]) Vgl. Kuhlmann a. a. O. S. 78; v. Bar 2 S. 852; Binding a. a. O. S. 844, welche ebenfalls diese Bedenken kriminalpolitischer Art geltend machen.

[17]) soweit ein solcher überhaupt möglich.

V. Teilnahme an den Delikten der §§ 49a, 196 sowie deren Verjährung.

Teilnahme — Mittäterschaft, Beihilfe, Anstiftung[1]) — an den Delikten des § 49a ist ebenso wie an denen des § 196 möglich und ist dies auch allgemein anerkannt[2]). So auch Schwartz[3]), der dagegen ausdrücklich eine Aufforderung zur Aufforderung nicht für möglich hält, weil diese auf die Verübung eines Verbrechens abzielt, selbst aber nur ein Vergehen ist. v. Bar[4]) will ebenso wie Binding[5]) im Gegensatz zu Kuhlmann[6]), der die Delikte des § 49a als unselbständige ansieht, Teilnahme an ihnen nur dann gelten lassen, wenn man sie als selbständige Vergehen anerkennt.

Das Reichsgericht[7]) verneint und wie auch Olshausen[8]) bemerkt, mit Recht das Vorliegen von Teilnahme, wenn jemand in Kenntnis von der Absicht des Auffordernden, die Begehung des Verbrechens herbeizuführen, in anscheinendem Eingehen darauf Handlungen mit dem Willen vornimmt, daß die Begehung des Verbrechens nicht stattfinde.

Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt mit dem Tage der Vollendung des Delikts, d. h. an dem Tage, an welchem die verbrecherische Erklärung zur Kenntnis des Erklärungsempfängers gelangt ist[9]) und erfolgt, da die Delikte des § 49a sich als „Vergehen" kennzeichnen und im Höchstbetrage mit längerer als dreimonatlicher Gefängnisstrafe bedroht sind, gemäß § 67 II in fünf Jahren.

Der Entwurf sieht, da es sich bei den Delikten des § 196 um „Vergehen" handelt, d. h. um Handlungen, die mit Gefängnis bedroht sind (§ 11 II Entw.) gemäß § 79 Ziff. 3, 4, 5, § 202 eine Verjährungsfrist von fünf bzw. zwei Jahren vor. Die Frist richtet sich nach der

---

[1]) RG. II v. 5. 1. 94, GoltdA. 42 S. 24.

[2]) Kuhlmann u. s. Lit. S. 72; Geyer in H.H. S. 160; v. Schwarze Anm. 4, 10; Meyer-A. S. 229; Merkel S. 152. And. M. Schütze, Anh.-Anm. 11.

[3]) a. a. O. S. 150.

[4]) a. a. O. 2 S. 853.

[5]) Lehrb. 2 S. 806 ff.

[6]) a. a. O. S. 79.

[7]) RG. IV v. 13. 12. 10, E. 44/172.

[8]) a. a. O. S. 377.

[9]) So auch das RG. E. 42/171, 26/261, 51/350, 40/402; Binding, Handb. I S. 37. And. A. Olshausen S. 377; Frank S. 161; v. Bar, Ges. u. Schuld 3 S. 402; Hälschner 1 S. 694; v. Liszt § 77 S. 293; Schwartz Nr. 2; Köhler S. 664; L.K. S. 323, nach denen die Verjährung an dem Tage beginnt, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eintretenden Erfolges.

ordentlichen Strafe ohne Rücksicht auf die Schärfungen und Milderungen, die der Allgemeine Teil vorsieht. Mit dem Abschluß der strafbaren Tätigkeit oder sobald das strafbare Verhalten aufhört, beginnt die Verjährung. Tritt allerdings der zum Tatbestand gehörige Erfolg erst später ein, so beginnt die Verjährungsfrist mit diesem Zeitpunkt.

VI. Die Strafen der §§ 49a und 196.

Wie die Normierung der Tatbestände, so hat auch die Strafdrohung des § 49a die verschiedensten Umformungen erfahren. Je nach der Schwere des beabsichtigten Verbrechens stellt der Duchesne-Paragraph zwei verschiedene Strafrahmen auf.

Der Entwurf hat die Unterscheidung in der Strafdrohung des geltenden Rechtes — je nachdem das Verbrechen mit dem Tode, mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe oder mit einer geringeren Strafe bedroht ist, fallen gelassen, die kasuistische Abstufung der Strafe nach der für das beabsichtigte Verbrechen geltenden Strafdrohung aus dem geltenden Recht also nicht übernommen und droht entsprechend der Tat als selbständiges Delikt und der damit verbundenen Loslösung von der Teilnahme eine einzige einheitliche Strafe an. Die Strafe selbst ist Gefängnis und darf sie gemäß § 202 der Art und dem Maße nach nicht schwerer sein als die für das Verbrechen oder Vergehen, auf die sich die strafbare Handlung bezieht, angedrohte Strafe. Der Entwurf hat damit die Vorschrift des Strafgesetzbuches von 1871 über das Verhältnis der Begünstigung zu der Strafe der Vortat, wonach die Strafe des Begünstigers nach Art und Maß keine schwerere sein darf als die für die Handlung des Begünstigten angedrohte, übernommen und wurde hierdurch bei den einzelnen Vorschriften die kasuistische Abstufung vermieden. Diese Regelung bedeutet, daß der für die einzelne Vorschrift gegebene Strafrahmen durch den Strafrahmen für die Haupttat eingeengt wird, falls dieser niedriger ist als die Strafdrohung in § 196. Innerhalb des so eingeschränkten Strafrahmens kann jedoch den Auffordernden, wie das auch für das geltende Recht angenommen wird, eine schwerere Strafe treffen als den Täter der Haupttat.

Als willkommene Neuerung ist es anzusehen, daß Verhinderung des Verbrechens bzw. Widerruf der Erklärung aus freien Stücken den Ausschluß der Strafbarkeit zur Folge hat.

Im geltenden Recht ist in Abs. IV neben der Gefängnisstrafe als „Kann"-Vorschrift der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht angedroht. Nach dem Strafgesetzbuch von 1871 kann neben der Gefängnisstrafe auf Ehrverlust erkannt

werden, wenn die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreicht und entweder das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich zuläßt oder die Gefängnisstrafe wegen Annahme mildernder Umstände an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wird.

Eine dem Abs. IV des § 49 a StGB. entsprechende Vorschrift fehlt im Entwurf und hat dieser die Festsetzung der Nebenstrafen den allgemeinen Bestimmungen vorbehalten. So ist in § 47 I bestimmt, daß, wenn wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens auf Gefängnis erkannt ist, das Gericht den Verurteilten auf die Dauer von mindestens einem und höchstens fünf Jahren für unfähig erklären kann, öffentliche Ämter zu bekleiden, wobei allerdings dieser Ausspruch, sofern das Gericht nichts anderes bestimmt, nur neben Gefängnis von mindestens drei Monaten zulässig ist. Den öffentlichen Ämtern gleich erachtet werden die Zugehörigkeit zur Reichswehr, die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, die Rechtsanwaltschaft und die öffentlichen Würden. Wird neben der Gefängnisstrafe die Amtsfähigkeit aberkannt, so kann das Gericht außerdem den Verurteilten für die Dauer der Amtsunfähigkeit auch für unfähig erklären, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, wobei allerdings wieder Voraussetzung dieses Ausspruches ist, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, daß eine Gefängnisstrafe von mindestens einem Jahre ausgesprochen ist.

Eine — wenn auch nicht sehr bedeutende — Verschärfung gegenüber dem geltenden Recht bedeutet § 50 des Entwurfs, eine Bestimmung, die im RStGB. von 1871 fehlt; denn während dieser Paragraph des Entwurfs als Kannvorschrift in das Ermessen des Gerichts stellt, dem Verurteilten die Fähigkeit öffentliche Ämter zu bekleiden oder in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, wiederzuverleihen, wenn er sich nach der Verbüßung, der Verjährung oder dem Erlaß der Strafe längere Zeit gut geführt und der Ausübung öffentlicher Ämter wieder würdig erwiesen hat, ist in § 34 RStGB. ausdrücklich festgelegt, daß die Folgen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte sich nur während der im Urteil bestimmten Zeit auswirken dürfen, nach Ablauf dieser Zeit also von selbst aufhören.

Die nach § 49 zulässige Stellung unter Polizeiaufsicht kommt in Wegfall, da der Entwurf das Institut der Polizeiaufsicht des § 38 RStGB. nicht übernommen hat.

Wie das Verhältnis zwischen Art und Maß der Strafen, welche § 49 a aussetzt, und den Strafen, welche das Gesetz für ähnliche Tatbestände androht, so ist auch im Entwurf das Verhältnis des § 196 gegenüber ihm verwandten Tatbeständen ein — zumindestens teilweise — sehr eigenartiges.

So wird beispielsweise der, welcher einen anderen erfolglos zur Leistung eines Meineides auffordert, gemäß § 159 StGB. mit Zuchthaus von einem bis zu fünf Jahren bestraft, während den, der zu irgendeinem anderen, auch zu ungleich schwererem Verbrechen auffordert, z. B. zur Begehung eines Mordes, nach § 49 a nur eine Gefängnisstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren treffen kann und dies auch nur unter den in § 49 III festgelegten besonderen Umständen, wie sie § 159 RStGB. wiederum nicht kennt. Die Aufforderung zu einem ungleich schwereren Verbrechen wird also hier mit einer unverhältnismäßig geringeren Strafe bedroht. Es ergibt sich so ein auffallendes Mißverhältnis zwischen den Strafbestimmungen der §§ 49 a und 159 RStGB. Im Verfolg dieser Erscheinung, die versuchte Verleitung zu allen möglichen Verbrechen als bloßes Vergehen und gerade nur die versuchte Verleitung zum Meineide als Verbrechen zu behandeln, muß so die versuchte Verleitung zum Meineide im kleinsten Bagatellprozeß strenger bestraft werden als die versuchte Verleitung beispielsweise zu einem Giftmord. Es ist dies ein Mißverhältnis, das auch dann zu bekämpfen ist, wenn man zugibt, daß das häufige Vorkommen der Meineidsfälle in Verbindung mit der Erfahrung, daß der Meineidige selten aus eigenem Antrieb, sondern meist auf Veranlassung anderer handelt, den Wunsch erklärlich macht, wenn möglich schon die Quelle der Meineide zu verstopfen.

Der neue Entwurf hat in § 188 in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht für die versuchte Verleitung zum Meineid Zuchthaus bis zu fünf Jahren angedroht ohne irgendwelche Zubilligung mildernder Umstände, desgleichen für die vorsätzliche falsche Versicherung an Eides Statt und die vorsätzliche falsche mündliche Aussage (§ 188 II) Gefängnis bis zu zwei Jahren. Die Ungleichhheit, daß auf den allgemeinen Tatbestand der versuchten Verleitung zu einem Verbrechen (§ 196) Gefängnis angedroht ist, während der, der einen anderen zum Meineide zu verleiten sucht, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft wird, ist demnach auch im Entwurf nicht beseitigtworden, im Gegenteil, der Vergleich der Strafdrohung des § 196 mit den besonderen Strafdrohungen des Entwurfs für die versuchte Verleitung führt zu den eigenartigsten Ergebnissen. Die Auswahl der Delikte für die besondere Strafdrohung gegenüber der öffentlichen Aufforderung ist, da auch Hochverrat fehlt, fast noch willkürlicher und in ihrer Beschränkung überhaupt nur historisch zu erklären.

Daran ändert auch nichts die an sich zu begrüßende Hinzufügung des Abs. III des § 188, welcher dem Täter bei Verhinderung des Meineids, der Abgabe der falschen Versicherung an Eides Statt und der falschen uneidlichen Aussage aus freien Stücken Straffreiheit zusichert

und § 27 III entsprechend gelten läßt, eine Neuerung, die allerdings — wie schon oben ausgeführt —nur zu begrüßen ist.

Zu beachten ist auch, daß zwar in der allgemeinen Vorschrift des § 196 dem Versuch der Verleitung das Sichbereiterklären, das Sicherbieten und die Annahme des Erbietens gleichgestellt ist, während die besonderen Bestimmungen, insbesondere die §§ 180, 250, diese Formen nicht mitumfassen, obwohl ihre Einziehung vom Standpunkt der Logik doch wohl gefordert werden müßte.

Ein anderes Beispiel von der Ungleichheit in der Strafdrohung bietet § 111 II StGB., nur mit dem Unterschied gegenüber obigem, daß hier eine andere Bestimmung eine wenigstens ebenso verwerfliche und sicherlich ungleich gefährlichere Tat unter eine geringere Strafe stellt, als sie § 49 a androht. Objekt des § 111 II kann neben dem „Verbrechen" jedes Vergehen, jede Übertretung sein. Objekt des § 49 a kann nur ein Verbrechen sein. § 111 II schließt den nur subsidiär anwendbaren § 49 a aus, wenn auch dadurch die Regel des § 73 verletzt wird, nach welcher, wenn ein und dieselbe Handlung den Tatbestand mehrerer Strafgesetze verletzt, nur das die schwerste Strafe androhende Gesetz zur Anwendung zu kommen hat. Er bedroht die erfolglos gebliebene im Sinne des § 110 StGB. öffentlich erfolgte Aufforderung — eine Aufforderung, die nach Binding „nicht für die ausschließliche Wahrnehmung individuell bestimmter Personen berechnet, sondern direkt oder indirekt an eine Menge gerichtet ist" — zur Begehung einer strafbaren Handlung mit Geldstrafe oder Gefängnisstrafe bis zu einem Jahr. Zudem darf die zu verhängende Strafe der Art und dem Maße nach keine schwerere sein als die, welche auf die betreffende Handlung selbst angedroht ist. Es ergibt sich also[1]) das merkwürdige Resultat, daß die Öffentlichkeit der Aufforderung trotz der höheren Gefährlichkeit strafmildernd wirkt. Geschieht z. B. die Aufforderung zu einem Morde öffentlich, so treten die Bestimmungen des § 111 II ein, geschieht sie dagegen nicht öffentlich, so muß Gefängnisstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren nach § 49 a eintreten. Während doch eine öffentliche Aufforderung als qualifizierter Fall schwerer bestraft werden soll, ist dies hier nur der Fall, wenn es sich um Vergehen und Übertretungen handelt, denn hier treten bei vorliegender Öffentlichkeit die Strafen des § 111 ein, während sonst Straflosigkeit eintritt. Handelt es sich dagegen um Verbrechen, so wird die öffentliche Aufforderung nach § 111 milder bestraft als die nichtöffentliche. Der Umstand, daß die Aufforderung nicht öffentlich, ist also bei Vergehen und Übertragungen ein Strafausschließungsgrund, bei Verbrechen aber ein Strafschärfungsgrund.

---

[1]) Vgl. Kuhlmann a. a. O. S. 75 ff.

Auch Kadecka[2]) spricht hier von unerklärlichen Widersprüchen. Es gibt für ihn nur folgenden Ausweg: Wie die Anstiftung der Ausführung, so wäre auch der Versuch der Anstiftung (eines Einzelnen oder einer unbestimmten Mehrheit) dem Versuch der Ausführung grundsätzlich gleichzustellen. Um der Tradition willen könne ja — obwohl es sachlich nicht gerechtfertigt — für die versuchte Verleitung eine noch weitergehende Milderung der ordentlichen Strafe zugelassen werden als für den Versuch der Ausführung, jedenfalls aber sollte bei allen Delikten, bei denen der Versuch strafbar ist, auch die versuchte Verleitung mit Strafe bedroht und bei allen strafbaren Handlungen, bei denen der Versuch straflos bleibt, auch die versuchte Verleitung straflos sein.

Der Entwurf bedroht in § 171 die öffentliche Aufforderung zu einer strafbaren Handlung mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe. Auch hier zeigt sich so die unbillige Ungleichheit der Strafdrohungen der §§ 196, 171 des Entwurfs. Während § 196 einfach „Gefängnis" androht, wenn auch mit der Beschränkung des § 202 des Entwurfs, ist in § 171 für die öffentliche Aufforderung ausdrücklich nur eine Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren festgelegt und außerdem neben dieser Freiheitsstrafe alternativ eine Geldstrafe angedroht, während eine solche § 196 überhaupt nicht kennt. Wer also öffentlich zu einer strafbaren Handlung auffordert, hat unter Umständen nur eine Geldstrafe zu gewärtigen, während der, welcher den Tatbestand des § 196 erfüllt, immer von einer Freiheitsstrafe erfaßt wird. Daß § 171 noch von „Auffordern" spricht, während § 196 den neuen weitergehenden Begriff des „Verleitens" gebraucht, dürfte in diesem Zusammenhang hier nicht von größerer Bedeutung sein.

Auch sonst ist es die ungleiche Behandlung der Strafdrohungen, die bei einem Vergleich besonders auffällt.

Die öffentliche Aufforderung zum Hochverrat (§ 87) wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, die öffentliche Aufforderung zur Tötung (§ 249) mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, die öffentliche Aufforderung zu einer sonstigen strafbaren Handlung (§ 171) mit — Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe (!) bestraft. Ist schon nicht einzusehen, warum die öffentliche Aufforderung zum Mord weniger strafbar sein soll als die zum Hochverrat, obwohl die Strafdrohung für Mord gegenüber der für Hochverrat die schwerere ist, so steht die Behandlung der Aufforderung zu anderen schweren Verbrechen (z. B. Brandstiftung, Landesverrat) außer allem Verhältnis zu ihrer Gefährlichkeit. Auch die

[2]) Reform des Strafrechts S. 287.

völlige Gleichstellung der Aufforderung zu einem Verbrechen mit der zu einer Übertretung ist doch wohl kaum zu rechtfertigen, wenn man überhaupt die öffentliche Aufforderung zu einer Übertretung noch als eine strafwürdige Handlung ansehen und sich nicht insoweit mit der Strafdrohung des § 169 begnügen will; zum mindesten dürfte in § 171 eine dem § 202 entsprechende Bestimmung nicht fehlen, wonach die öffentliche Aufforderung nicht schwerer bestraft werden darf, als die Strafdrohung für die Handlung lautet, zu der aufgefordert wurde.

VII. Kritiken und Wünsche.

Die Kritik des § 49 a RStGB. war und ist im allgemeinen und wohl mit Recht scharf und teils abweisend, einmal wegen der systematischen Mangelhaftigkeit, dann aber auch wegen des Verstoßes gegen das Prinzip des Strafrechts, daß der verbrecherische Wille nur im Falle seiner wenigstens in einem Anfang der Ausführung dokumentierten Objektivierung strafrechtliche Folgen nach sich ziehen solle.

So erklärt Geyer[1]) den § 49 a als „einen bedauerlichen Rückschritt“[2]) der deutschen Strafgesetzgebung, und Binding, der an sich anerkennt, daß die Aufforderung, sofern sie sich an die Allgemeinheit richtet, bestraft werden müsse, wenngleich der Versuchung dem Einzelnen gegenüber der Strafgesetzgeber große Zurückhaltung bewahren müsse, sagt in seinem Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, daß die zahlreichen Mängel jedenfalls berechtigten Tadel hervorgerufen haben. Die Geysersche Kritik bezeichnet Binding als „scharf, jedoch zum Teil als sehr treffend“.

So auch Berner[3]), der u. a. bemerkt: „Die Schiefheiten des Gesetzes drängen zu der Frage: Sollte Deutschland wirklich außerstande gewesen sein, den Belgiern durch ein reiferes Gesetz zu antworten?“[4])

Umgekehrt sieht Meyer[5]) in § 49 a die sehr notwendige, wenn auch nur teilweise Ausfüllung einer wesentlichen Lücke des Mangels einer Strafdrohung für die versuchte Anstiftung[6]).

---

[1]) H.H. IV S. 144.

[2]) Die gleiche Redewendung gebrauchte neuerdings der ehemalige Reichsjustizminister Radbruch auf der letzten Tagung der Kriminalistischen Vereinigung in Karlsruhe, der den Fortschritt des Strafrechts in „seiner Selbstüberwindung“ sieht, gegenüber dem neuen Entwurf von 1927.

[3]) a. a. O. S. 174.

[4]) Ebenfalls scharf tadelnd: Hälschner I S. 409.

[5]) a. a. O. 5. Aufl. 1895 S. 242/43.

[6]) Ähnlich v. Birkmeyer in Vergl. Darst. A. T. Bd. 2 S. 156.

Im Gegensatz dazu wiederum Allfeld[7]) und zum Teil auch v. Bar[8]), der aber trotz seiner ausdrücklich betonten scharfen Gegnerschaft, besonders gegen die Bestrafung der Annahme des Aufforderns, des Erbietens und der Annahme des Erbietens und trotz seiner Forderung bei der Reform des Strafgesetzbuchs, den § 49 a „einfach zu beseitigen", sehr richtig, „selbst ein so mangelhaftes Gesetz, wie es in § 49 a vorliegt, glatteren und konsequenteren, aber materiell in weit höherem Grade gefährlichen allgemeinen Rechtssätzen" vorzieht und zugibt, daß man nach der Theorie der absoluten Schutzstrafe geneigt sein könne, auch gefährliche Willensmanifestationen zu bestrafen und zumindest den § 49 a durch eine mehr umfassende Strafbestimmung zu ersetzen.

Köhler[9]) ist für die Bestrafung der erfolglosen Anstiftung nur bei schweren Delikten oder bei besonders bedenklichen Formen[10]). Eine generelle Bedrohung solch vorbereitender Tätigkeit bei allen Vergehen erscheint ihm dagegen nicht der Einführung bedürftig, während Haf ner[11]) mehr der gegensätzlichen Ansicht zuneigt, da ihm die Aufzählung einzelner Vergehen stets als willkürlich erscheint.

Auch Kadecka läßt es dahingestellt, ob der Entwurf bei der Auswahl der Vergehen, bei denen der Versuch gestraft werden soll, überall das Richtige getroffen habe. So hebt er beispielsweise hervor, daß es an hinreichenden Gründen zu fehlen scheine, den bisher strafbaren Versuch der Nötigung straflos zu lassen — ein Beispiel, das hinfällig geworden, da der neue Entwurf in § 279 I gegensätzlich zur Reichsratsvorlage den Nötigungsversuch mit Strafe bedroht — und daß die Straflosigkeit der versuchten Verleitung zur falschen uneidlichen Aussage die Strafdrohung gegen die Verleitung zum Meineid nahezu illusorisch mache.

Auch Haeger[12]) ist sich über die Notwendigkeit einer Bestrafung von Auffordern und Sicherbieten zu Mord, Raub, gemeingefährlichen Verbrechen einig, streitig könne nur noch sein, ob § 49 a dem System des Strafgesetzbuchs entspreche, und insbesondere, welche Bedeutung er hier einnehme.

Kuhlmann[13]) spricht ebenso wie Binding und Lobe von § 49 a als dem Beispiel eines „Gelegenheitsgesetzes" mit den mannig-

---

[7]) Lehrb. 2.
[8]) Lehrb. 2 S. 851 ff.
[9]) Dtsch. Strafrecht 1927 S. 527.
[10]) Eine Forderung, der man sich nur anschließen kann. (D. Verf.)
[11]) Jur. Rundschau 1927 Nr. 13 S. 389.
[12]) Jur. Rundschau 1927 Nr. 13 S. 14.
[13]) § 49 a StGB. S. 79.

fachsten Mängeln und seien die verschiedensten Wünsche für die Bestimmung, welche dereinst an seine Stelle treten soll, auszusprechen.

Neuerdings bejaht Stienen[14]) die Frage des Bedürfnisses einer dem § 49 a entsprechenden Vorschrift im kommenden Strafgesetzbuch, nicht zum wenigsten — wie er sehr treffend sagt — aus Gründen der energischen Bekämpfung der schweren gewohnheits- und gewerbsmäßigen Verbrecher. Vergehen und Übertretungen sollen praktisch — nicht indes theoretisch — wegen der minderen Schutzbedürftigkeit der durch sie angegriffenen Rechtsgüter außer acht gelassen werden, ebenso wie ihm für eine große Anzahl der sogenannten „Verbrechen" eine Ausdehnung der straffälligen Delikte vor „Beginn der Ausführung" nicht ohne weiteres als notwendig erscheint. Dagegen ergebe sich diese Notwendigkeit vor allem bei den besonders schweren Delikten, insbesondere bei Raub, Mord, Hoch- und Landesverrat und den sogenannten Rückfallsverbrechen, denn gerade die Träger dieser Delikte seien es ja, die die Rechtssicherheit am meisten gefährden, und dürfe insbesondere eine Straflosigkeit bei ihnen nicht dann eintreten, wenn die gewollte, die beabsichtigte Tat nur aus dem Grunde unterbleibt, weil außerhalb des Bereichs des täterischen Willens und Gestaltungseinflusses Umstände eintreten, z. B. das Eingreifen der Polizei, welche die Ausführung verhindern. Stienen verlangt daher auch, daß bei Mord, Raub, Hochverrat und den sogenannten Rückfallsverbrechen eine Bestimmung eingefügt werde, wonach auch vorbereitende Handlungen nach den Grundsätzen des Versuchs zu bestrafen seien, wie sie im Entwurf festgelegt sind.

Verneinend steht dagegen der Frage eines praktischen Bedürfnisses Steman[15]) gegenüber, zumindest solange als ein Nachweis dafür nicht erbracht sei, denn eine größere Vermehrung solcher Ausnahmen sei immer gefährlich, denn sie führe nicht zuletzt zu schwankenden Prinzipien, und dies um so eher, je allgemeiner die Ausnahmebestimmung gefaßt sei. Auch sei es bedenklich, wenn das materielle Strafrecht

---

[14]) JW. 1924 Heft 21/22 S. 1708. So auch Kohlrausch, wenn auch am Entwurf vieles nicht befriedigt; doch liege dies an dem Mangel eines festen Ausgangspunktes, wie auch die Linie der Reform eben infolge der eigenen Unentschlossenheit oft rückläufig sei. Zu billigen sei besonders die Stellung des Entwurfs bezüglich der Schuldfrage, ebenso wie er auch mit der milderen Bestrafung des Versuchs einverstanden sei; die Regelung der Irrtumslehre und des bedingten Straferlasses dagegen bedeute einen weitgehenden Rückschritt gegenüber E. 25. — Positiv gegenüber E. 27 auch Reichert. Grundsatz für das StGB. sei: Nicht mit Verbrechern habe man es zu tun, sondern mit Rechtsbrechern, bestimmten Persönlichkeiten. Diese Einstellung gebe dem Entwurf den individualisierenden Zug.

[15]) GS. Bd. 28 S. 267.

vorwiegend von polizeilichen Gesichtspunkten beherrscht sei und vom Standpunkt der polizeilichen Prävention aus das Gebiet der strafbaren Handlung immer mehr erweitert werde.

Verfasser ist der Ansicht, daß § 196 des Entwurfs eine — wenn auch noch nicht von allen Mängeln freie, so doch gegenüber dem § 49 a des geltenden Rechts eine wesentlich verbesserte und schärfer herauskristallisierte Strafbestimmung darstellt, welche heute, in der Zeit der steigenden Kriminalität, mehr denn je Geltung beanspruchen kann. Das Werk der Strafrechtsreform soll eben nur — wie sich Bumke, wohl der eigentliche Vater des Strafgesetzbuchentwurfs, auf der Tagung der Kriminalistischen Vereinigung 1929 in Karlsruhe ausdrückte — ein Baugerüst der Zukunft sein, und wenn wir heute strafrechtlich auch nur im Vorhof der Erkenntnis stehen, so ist es doch nun endlich einmal an der Zeit, das, was reif ist, einzuernten und dann erst wieder neu zu arbeiten und forschen.